Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MATTHIAS MÜLLER
von Birmenstorf AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1986

Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MATTHIAS MÜLLER
von Birmenstorf AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1986

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Februar 1986

Der Dekan:

Prof. Dr. Kurt Bauknecht

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis			VII
Abkürzungsverzeichnis			XIII
Einleitung			1
1. Kapitel			
DAS VORLIEGEN VON UEBERSTUNDENARBEIT			4
§ 1	Begriff der Ueberstundenarbeit		4
	A.	Allgemeine Umschreibung	4
	B.	Ueberstundenarbeit und Ausgleichsarbeit	6
	C.	Verhältnis zur öffentlichrechtlichen Höchstarbeitszeit	9
	I.	Allgemeines	9
	II.	Ueberstundenarbeit im engeren Sinne	10
	III.	Ausgleich ausfallender Arbeitszeit	11
	IV.	Unterscheidung Ueberstundenarbeit und Ueberzeitarbeit	13
	V.	Hilfsarbeit	15
		1. Begriff	15
		2. Verhältnis zur Ueberstundenarbeit im weiteren Sinne	17
	D.	Nacht- und Sonntagsarbeit	19
	E.	Sprachgebrauch	20
§ 2	Voraussetzungen der Ueberstundenarbeit		23
	A.	Arbeitgeberinteresse	23
	I.	Angeordnete Ueberstundenarbeit	24
	II.	Nicht angeordnete, aber genehmigte Ueberstundenarbeit	25
	III.	Nicht angeordnete und nicht genehmigte Ueberstundenarbeit	28

B.	**Zeitlich relevante Arbeit**	30
I.	Arbeitszeitbegriff	30
	1. Privatrechtliche Betrachtung	30
	2. Oeffentlichrechtliche Betrachtung	32
II.	Abgrenzungen	34
	1. Bereitschaftsdienst	34
	a) Innerbetrieblicher Bereitschaftsdienst	34
	b) Ausserbetrieblicher Bereitschaftsdienst	34
	2. Pausen	36
	3. Wegzeiten	36
C.	**Ueberschreiten der normalen Arbeitszeit**	39
I.	Allgemeines	39
II.	Ermittlung der normalen Arbeitszeit	40
	1. Allgemein	40
	2. Vereinbarung eines Arbeitspensums	41
III.	Ueberstunden bei starrer Arbeitszeit	45
IV.	Ueberstunden bei flexibler Arbeitszeit	45
V.	Ueberstunden bei gleitender Arbeitszeit	46
	1. Begriff der gleitenden Arbeitszeit	46
	2. Besondere Problematik	48
VI.	Ueberstunden bei Teilzeitarbeit	51
VII.	Ueberstunden der höheren leitenden Angestellten	52
	1. Besondere Problematik	52
	2. Höhere leitende Tätigkeiten	56
VIII.	Ueberstunden bei Kurzarbeit	58
D.	**Beweislast**	59

2. Kapitel

PFLICHT DES ARBEITNEHMERS ZUR LEISTUNG VON UEBERSTUNDENARBEIT 62

§ 3	Grundlage und Rechtsnatur der Pflicht	62
	A. Allgemeines	62

B. Mitsprache- und Mitbestimmungsrechte des Arbeitnehmers 64
C. Zwingender Gehalt der Pflicht 66
I. Allgemeine Bedeutung 66
II. Auswirkung auf Gesamtarbeitsverträge 67

§ 4 Voraussetzung und Schranken der Pflicht 69
A. Notwendigkeit 69
B. Zumutbarkeit nach Treu und Glauben 71
C. Leistungsfähigkeit 75
D. Schranken aus dem Persönlichkeitsschutz 76
I. Freizeit 76
II. Ferien 77
E. Zulässigkeit der Ueberstundenarbeit 78

§ 5 Folgen der Verweigerung durch den Arbeitnehmer 79
A. Ordentliche Entlassung 80
B. Fristlose Entlassung 81
C. Schadenersatz 82

3. Kapitel
ZULAESSIGKEIT DER UEBERSTUNDENARBEIT 83
§ 6 Arbeitsschutzrecht 83
A. Vorbemerkungen 83
B. Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 84
C. Wöchentliche Höchstarbeitszeit 86
I. Allgemeines 86
II. Dauer der wöchentlichen Höchstarbeitszeit 87
1. Generell 87
2. Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit 88
3. Sonderregelungen 89
III. Berechnung der Höchstarbeitzeit bei Arbeitsverhältnissen mit mehreren Arbeitgebern 90
D. Ueberschreitungen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit 91

I.	Ausgleich ausfallender Arbeitszeit	91
II.	Ueberzeitarbeit	92
	1. Tägliche Höchstgrenze der Ueberzeitarbeit	92
	2. Jährliche Höchstzahl der Ueberzeitarbeitsstunden	93
	a) bei wöchentlicher Arbeitszeit von 45 Stunden	93
	b) bei wöchentlicher Arbeitszeit von 50 Stunden	94
	c) Bewilligungspflichtige Ueberzeitarbeit	94
	d) Sonderregelungen für bestimmte Betriebe	95
	e) Sonderbestimmungen für Jugendliche und Schwangere	96
	3. Verbot der Ueberzeitarbeit in der Nacht und an Sonntagen	96
III.	Hilfsarbeit	97
	1. Tägliche Begrenzung	97
	2. Hilfsarbeit an Sonntagen und in der Nacht	97
	3. Sonderregelungen für einzelne Betriebe	98
	4. Sonderbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer	99
E.	**Beschränkungen durch die Lage der Arbeitszeit**	100
I.	Grenzen der Tages- und Nachtarbeit	100
	1. Allgemeines	100
	2. Sonderregelungen für einzelne Betriebe	101
	3. Sonderbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer	101
II.	Ruhezeiten	101
	1. Pausen	101
	2. Verbot der Sonntagsarbeit	102
	a) Allgemein	102
	b) Sonderregelungen für einzelne Betriebe	102
	c) Sonderbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer	102
	3. Wöchentlicher freier Halbtag	103

4. Sonderregelungen 104
F. Folgen der Nichteinhaltung 105
I. für den Arbeitgeber 105
II. für den Arbeitnehmer 106

§ 7 Polizeivorschriften 107

4. Kapitel
ABGELTUNG DER UEBERSTUNDENARBEIT 108
§ 8 Rechtstatsachen 109
A. Allgemeines 109
B. Pauschalabgeltung 111
C. Höhere leitende Angestellte und 60-Stunden-Grenze 112
D. "Total mobile Arbeitszeit" 113

§ 9 Freizeitausgleich 114
A. Mitbestimmungsrecht des Arbeitnehmers 114
I. Inhalt 114
II. Zustimmung im konkreten Einzelfall 115
B. Dauer 117
C. Zeitraum 118
D. Freizeitausgleich der Hilfsarbeit 120

§ 10 Ueberstundenvergütung 121
A. Zwingender Charakter der privatrechtlichen Regelung 121
I. Ausgangslage 121
II. Historische Auslegung 122
1. Volkswirtschaftlicher Hintergrund 122
2. Entstehungsgeschichte von Abs. 3 des Art. 321c OR 124
a) Vorentwurf und Entwurf des Bundesrates 124
b) Beratungen in Kommissionen und Räten 126
3. Schlussfolgerungen 129
III. Lehre und Rechtsprechung 130
1. Lehre 130

		2. Rechtsprechung	133
	IV.	Teleologische Betrachtung	135
	V.	Konklusion	136
	B.	Verhältnis zum Lohnzuschlag gemäss Art. 13 ArG	138
	C.	Berechnung des Ueberstundenlohnes	141
§ 11	Geltendmachung		143
§ 12	Fälligkeit der Ueberstundenabgeltung		147
	A.	Fälligkeit der Ueberstundenvergütung	147
	B.	Fälligkeit des Ausgleichsanspruches	149
§ 13	Verjährung		150
	A.	Verjährungsfrist	150
	B.	Beginn der Verjährung	150
	C.	Unterbrechung der Verjährung	151
	D.	Hindernisse des Fristenlaufes	152
	I.	Allgemeines	152
	II.	Hinderungsgründe, die zur eigentlichen Hemmung der Verjährung führen	154
	III.	Hinderungsgründe, die lediglich zur Ablaufshemmung der Verjährung führen	155
	IV.	Zusammenfassung	157
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung			159

LITERATURVERZEICHNIS

AMBERG, Hugo: Arbeitszeit, in: Schweizer Dokumentation vom 30.10.1975

BACHER, Jean: Erfahrungen mit der gleitenden Arbeitszeit, in: SAZ Nr. 46, 1970, S. 837-839

BECKER, H.: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Band VI (Art. 184-551 OR), Bern 1934

BERENSTEIN, Alexandre: Le projet de loi sur le contrat de travail, in: Revue syndicale suisse Nr. 62, 1970, S. 357-360

BIGA (Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (Hg.)): Teilzeitarbeit, Bern 1980

BIGLER, Walter: Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1966

BIRCHER, Silvio: Der Kampf um die Arbeitszeitverkürzung, in: Profil Nr. 56, 1977, Heft 2, S. 39-43

BONER, Wilhelm: Teilzeitarbeit, Bern 1985

BOBROWSKI, P./GAUL, D.: Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, Heidelberg 1979

BONNY, Jean-Pierre: Arbeitnehmerschutz in der Schweiz, in: SAZ, Nr. 18, 1974, S. 301-303

BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979

BRUEHWILER, Jürg: Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978

CANNER, Rudolf: Aus der Rechtsprechung zum Dienstvertragsrecht, 1. Folge: Zürich 1971; 2. Folge: Zürich 1972

CANNER R./SCHOOP R.: Arbeitsgesetz, Die Texte des Bundesgesetzes und der Verordnungen nebst weiteren Erlassen des Arbeitsschutzrechtes, Zürich 1968

DAXELHOFFER, Hans: Untersuchungen zu den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 OR), Bern/ Stuttgart 1980

DECURTINS, Carlo: Die fristlose Entlassung, Sachverhalte und Urteile, Muri b. Bern 1981

FILLIETAZ, Jean: Wegweiser durch das neue Arbeitsvertragsrecht, 2. Auflage Bern 1978

FREY, Erich: Das Recht der Ueberstunden, in: DB 1966, Beilage Nr. 2 zu Heft Nr. 4, S. 1-10

GAUCH, P./SCHLUEP, W.R./JAEGGI, P.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Skriptum, 3. Auflage Zürich 1983

GEISER, Thomas: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983

GRAEMIGER, Otto: Der Einfluss des schuldnerischen Verhaltens auf Verjährungsablauf und Verjährungseinrede, Diss. Zürich 1934

GUHL, T./MERZ, H./KUMMER, M.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage Zürich 1980

GUNDELFINGER, Daniel E.: Das Arbeitsgesetz und die Verwaltungsrechtspflege im Bund und im Kanton Zürich, Diessenhofen 1983

HASLINGER, Egon: Ueberstundenprobleme im Arbeitszeitrecht, in: ZAS 1971, S. 47-59

HEUSS-LUEDIN, Christine: Kurzarbeit, Zürich 1978

HINDERMANN, Walter E.: Einführung in das neue Arbeitsgesetz, Zürich 1964

HOFMANN, Urs: Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Bern 1985

HUEBER, Gerhard: Der fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers unter besond. Berücksichtigung fachlicher Weisungsfreiheit, Zürich 1975

HUECK, A./NIPPERDEY, H.: Lehrbuch des Arbeitsrechts Band 1, 7. Auflage Berlin/Frankfurt a.M. 1963

HUG, Walther (Hg.): Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971

HUTTERLI, Claus: Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, Bern 1982

KAUFMANN, Peter: Vierzigstundenwoche in der Schweiz?, Diss. Basel 1960

KELLER, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1978

KELLER, Max: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel/Frankfurt a.M. 1984

KERGER, W.: Die Vereinbarung einer pauschalen Mehrarbeitsabgeltung, in: RdA 1971, S. 275-278

MERZ, Hans: Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitungsband (Art. 2 ZGB), Bern 1962

MEIER, Kurt: Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978

MUELLER, Matthias: Ueberstunden, in: KUHN, R./KOLLER, G. (Hg.): Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1985

NAEGELI, Eduard (Hg.): Einführung in das Arbeitsgesetz, Bern 1966

NEF, Urs Ch.: Temporäre Arbeit, Bern 1971

NIKISCH, Arthur: Arbeitsrecht Band 1, 3. Auflage Tübingen 1961

OSER, H./SCHOENENBERGER, W.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V1 (Art. 1-183) 2. Auflage Zürich 1929; Band V2 (Art. 184-529), 2. Auflage Zürich 1936

RAAFLAUB, Hans Emanuel: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Winterthur 1959

REHBINDER, Manfred: Arbeitsgesetz (Kurzkommentar), 3. Auflage Zürich 1982 (zitiert: REHBINDER, ArG)

REHBINDER, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 7. Auflage Bern 1983

SCHENK, Peter: Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1973

SCHERRER, Josef Leo: Oeffentliches und privates Recht im Arbeitsschutz, Diss. St. Gallen 1946

SCHLUETER, Jürg: Ueberstunden bei Teilzeitbeschäftigung, in: RdA 1975, S. 113-116

SCHOENENBERGER, W./STAEHELIN, A.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2 c, 1. Lieferung, 3. Auflage Zürich 1984

SCHUHMACHER, R./STAUFFER, H.U./THUER, H.: Meine Rechte am Arbeitsplatz, Zürich 1984

SCHUERER, H.U.: Arbeit und Recht, Zürich 1984

SCHWEINGRUBER, Edwin: Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage Zürich 1976

SPIELBUECHLER, K./FLORETTA, H.: Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, Wien 1976

SPIRO, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bern 1975

STREIFF, Ullin: Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage Zürich 1974

TSCHUDI, Hans Peter: Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, in: SJZ 78 (1982), S. 85-96

VZH (Verband Zürcher Handelsfirmen): Rechtliches zum Ueberstundenproblem, in: SAZ Nr. 47, 1974, S. 833-834

VON BUEREN, Roland: Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistungen im schweizerischen Recht, Bern/Frankfurt a.M. 1971

VON TUHR, A./ESCHER, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974

VISCHER, Frank: Der Arbeitsvertrag, in: Schweiz. Privatrecht, Band VII/1, Basel 1977, S. 279-494

VOEGELI, Claude: Arbeitsvertrag, in: SJK Nr. 258 (Ersatzkarte)

WEBER, Hansulrich: Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Bern 1976

WYLER, Roger: Die gleitende Arbeitszeit nach schweizerischem Recht, Zürich 1976

WYSS, Ulrich: Das Angestelltenverhältnis leitender Arbeitnehmer, insbesondere Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, Diss. Bern 1976

ZOELLNER, Wolfgang: Arbeitsrecht, 3. Auflage München 1983

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (SR 822.11)
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA
BBl.	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Botschaft OR	Botschaft des Bundesrates vom 25. August 1967 über die Revision der Titel 10 und 10bis des OR, in: BBl. 1967 II, S. 241 ff.
Botschaft ArG	Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 über die Revision des ArG, BBl. 1960 II, S. 909 ff.
DB	Der Betrieb, Düsseldorf (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Hg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern
lit.	litera (Buchstabe)
N.	Note
NAV	Normalarbeitsvertrag

Nr.	Nummer
OR	BG vom 30. März 1911 über das Obligationenrecht (SR 220)
ORvRev.	Obligationenrecht vor der Revision
Pr	Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes
Prot. Komm. NR/SR	Protokoll der National-/Ständeratskommission
RdA	Recht der Arbeit, München (Zeitschrift)
s.	siehe
SAZ	Schweizerische Arbeitgeberzeitung
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sten Bull SR/NR	Amtliches stenographisches Bulletin des Stände- bzw. Nationalrats
SUVA	Schweizerische Unvallversicherungsanstalt
u.a.	unter anderem
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO I	Verordnung I zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
VO II	Verordnung II zum Arbeitsgesetz (SR 822.112)
VZH	Verband Zürcher Handelsfirmen
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht, Köln
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

EINLEITUNG

Das Ueberstundenwesen nimmt wegen der nun auch in der Schweiz sich allmählich durchsetzenden Verkürzung der Arbeitszeit (1) an Bedeutung zu. Je kürzer die Arbeitszeit, desto mehr wird versucht, die "verlorengehende" Arbeitskapazität durch vermehrte Ueberstundenarbeit wettzumachen. Ueberstunden sind nicht konjunkturabhängig: In Zeiten der Hochkonjunktur und Vollbeschäftigung werden sie mit Arbeitskräftemangel begründet, in Zeiten der Rezession mit dem Termindiktat der Auftraggeber.

Die rechtliche Behandlung der Ueberstundenarbeit gestaltet sich in mehrfacher Hinsicht schwierig. Der Gesetzgeber hat sie privatrechtlich denkbar unglücklich normiert (2). Er hat es nicht nur versäumt, sie genau zu definieren; es ist ihm vor allem auch nicht gelungen, die Frage der Abgeltung klar zu regeln (3). Dies wäre um so notwendiger, als auch das öffentliche Recht lohnrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers aus Ueberstundenarbeit gewährt (4).

---

1) Während vor rund zwanzig Jahren die wöchentliche Arbeitszeit für die meisten Arbeitnehmer bei der gesetzlichen Höchstarbeitszeit lag (46/50 Std.; vgl. hinten § 6 C), wird sie neuerlich in vielen Bereichen reduziert. So sehen z.B. die GAV für Bankpersonal, Schuh- und Bekleidungsindustrie eine Herabsetzung auf 43, die GAV in der Maschinen-, Metall- und Uhrenindustrie eine solche auf 42 und im Drucker- und Buchbindergewerbe auf 40 Stunden vor. Dennoch weist die Schweiz die höchste durchschnittliche Wochenarbeitszeit in Europa auf (1980: 44,6 Std., zum Vergleich Bundesrepublik Deutschland: 41,9 Std.; aus Pressedienst SGB vom 5. März 1981); Zur Problematik der Arbeitszeitverkürzung: BIRCHER, S. 39-43.

2) Art. 321c OR; seit 1. Jan. 1972 in Kraft.

3) S. hinten 4. Kapitel.

4) Art. 13 ArG; näheres hinten § 10 B.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass im Bereiche des Ueberstundenwesens, insbesondere wo nicht Gesamtarbeitsverträge verbindliche Lösungen anbieten, grosse Unsicherheit herrscht. Die Schwierigkeiten beginnen bereits bei der Begriffsbestimmung, die im Arbeitsvertragsrecht nicht vorgenommen und von Lehre und Rechtsprechung weitgehend vorausgesetzt wird. Die Folge davon sind Verwirrungen und Verirrungen. So werden z.B. die Begriffe "Ueberstundenarbeit" (Art. 321c OR) und "Ueberzeitarbeit" (Art. 12 ArG), deren Unterscheidung dem Laien ohnehin kaum bekannt ist, vermengt und die ihnen zugrunde liegenden Arbeitszeitdefinitionen schon gar nicht auseinandergehalten (1). Ueberhaupt tut sich die Praxis schwer, Privatrecht (OR) und öffentliches Arbeitsschutzrecht (ArG) richtig abzugrenzen.

Die Leidtragenden dieses Zustandes sind jene Arbeitnehmer, denen masslos Ueberstundenarbeit zugemutet wird, und solche, die dafür nicht ordentlich entschädigt werden (2). Es kommt nicht von ungefähr, dass man auch vom Ueberstundenunwesen spricht (3).

Die vorliegende Arbeit befasst sich vor allem mit der privatrechtlichen Regelung in Art. 321c OR und, soweit notwendig, mit den öffentlichrechtlichen Bestimmungen im Arbeitsgesetz (insbesondere Art. 12 und 13 ArG). Somit werden die Beamten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden ausgeschlossen (4), ebenso Arbeitnehmer, die

---

1) Nicht nur Laien, auch der Bundesrat tut sich schwer mit diesen Begriffen. In der neuen Chauffeurverordnung vom 6. Mai 1981 hat er sie in Art. 6 Abs. 2 verwechselt.

2) Dazu hinten § 8.

3) CANNER/SCHOOP, N. 4 zu Art. 12 ArG.

4) Für sie gelten die entsprechenden Beamtengesetze. Es kommt aber vor, dass das Staatspersonal in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis zum Staatswesen steht. In diesen Fällen kommen die hier besprochenen Bestimmungen zur Anwendung.

einer Spezialordnung unterstehen, wie Heimarbeiter (1), Chauffeure (2), Lehrlinge u.a., soweit für sie in den Spezialgesetzen Abweichendes geregelt ist. Auf Einzelheiten der bewilligungspflichtigen Arbeitszeitregelungen wie Schicht- oder Nachtarbeit kann nur am Rande eingegangen werden (3). Es soll dargelegt werden, wann überhaupt Ueberstundenarbeit vorliegt, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer zur Leistung verpflichtet ist, wieweit sie öffentlichrechtlich eingeschränkt und wie die Abgeltung der geleisteten Ueberstundenarbeit geregelt wird.

---

1) Sie unterstehen dem Bundesgesetz über Heimarbeit vom 20. März 1981.

2) Sie unterstehen der Chauffeurverordnung vom 6. Mai 1981.

3) Vgl. hinten § 6.

1. K A P I T E L
DAS VORLIEGEN VON UEBERSTUNDENARBEIT

§ 1 BEGRIFF DER UEBERSTUNDENARBEIT

A. ALLGEMEINE UMSCHREIBUNG

Jede die normale (1) Arbeitszeit im Interesse des Arbeitgebers überschreitende Arbeit ist Ueberstundenarbeit (2). Die normale Arbeitszeit wird durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag oder Uebung festgelegt. Diese muss nicht für jeden Arbeitnehmer mit der betrieblichen Arbeitszeit übereinstimmen (3). Fehlt es an einer klaren vertraglichen Regelung und gibt es auch keine übliche, so kann die öffentlichrechtliche wöchentliche Höchstarbeitszeit des Arbeitsgesetzes zur Bestimmung der normalen Arbeitszeit herangezogen werden (4).

Für den Begriff der Ueberstundenarbeit ist die unmittelbare Beziehung zum Begriff der Arbeitszeit charakteristisch. Ueberstunden sind Arbeitszeit, die die normale Arbeitszeit überschreitet, also die positive zeitliche Differenz zur normalen Arbeitszeit (5).

---

1) SCHOENENBERGER/STAEHELIN sprechen von "gewöhnlicher" Arbeitszeit, N. 1 zu 321c OR.

2) REHBINDER beschränkt sich auf die Formulierung: "Jede die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit ist Ueberstundenarbeit" (S. 40). Zum Erfordernis des Arbeitgeberinteresses s. hinten § 2 A.

3) Z.B. bei Teilzeitarbeit (vgl. hinten § 2 C VII) oder Hilfsarbeit (vgl. hinten C V).

4) Vgl. hinten § 2 C.

5) Vgl. hinten § 2 B.

Auch laufendes Ueberschreiten der normalen, vertraglichen Arbeitszeit ist Ueberstundenarbeit. Sie wird nicht durch Gewohnheit normale Arbeitszeit (1).

Der Begriff "Ueberstundenarbeit" (2) ist rein privatrechtlich. Er bezieht sich ausschliesslich auf die für das konkrete Arbeitsverhältnis gültig vereinbarte Arbeitszeitregelung. Der Begriff wird in Art. 321c OR behandelt, aber nicht definiert.

---

1) FREY, S. 1.

2) Oder gleichbedeutend "Ueberstunden".

B. UEBERSTUNDENARBEIT UND AUSGLEICHSARBEIT

Als "Ausgleichsarbeit" wird diejenige Arbeitszeit bezeichnet, mit welcher ausgefallene Arbeitszeit nach- oder noch ausfallende vorgeholt wird. Ausgangspunkt der Ausgleichsarbeit ist somit die erfolgte oder künftige Arbeitsaussetzung. Es findet eine Verschiebung der Arbeitszeit statt, ohne dass gesamthaft länger gearbeitet wird. Demgegenüber ist der Ausgangspunkt der Ueberstundenarbeit die notwendig werdende zusätzliche Arbeit. Wird die Ueberstundenarbeit durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen (1), so findet ebenfalls eine Verschiebung der Arbeitszeit statt, ohne dass wirklich länger gearbeitet wird. Die ausfallende Arbeitszeit ist hier aber die Folge der zusätzlich notwendig gewordenen Arbeit, die Folge der Ueberstundenarbeit.

Diese Abgrenzung ist in der Theorie unproblematisch. In der Praxis zeigen sich aber erhebliche Schwierigkeiten. Anhand zweier Beispiele sei dies erläutert:

Beispiel 1 : Der Arbeitnehmer A. geht am Mittwoch zu seinem Arbeitgeber B. und wünscht, am nächsten Freitag seinen Arbeitsplatz zwei Stunden früher verlassen zu können.

Da B. den A. am darauffolgenden Montag sowieso für dringende Arbeit zu zwei Ueberstunden hatte heranziehen wollen, gewährt er A. die zwei arbeitsfreien Stunden am Freitag unter der Auflage, dass diese am Montag durch A. ausgeglichen werden, womit letzterer einverstanden ist.

Die zwei Arbeitsstunden, die A. am Montag zusätzlich leisten wird, gelten als Ausgleichsarbeit für die am Freitag auf Wunsch des A. ausgefallene Arbeit.

---

1) Vgl. hinten § 9.

Beispiel 2 : Das Beispiel 1 wird wie folgt leicht geändert:

Der Arbeitgeber B. kommt am Dienstag zum Arbeitnehmer A. und eröffnet ihm, dass er am kommenden Montag für dringende Arbeit für zwei Stunden benötigt werde.

Da A. sowieso den Wunsch hat, am nächsten Freitag seinen Arbeitsplatz zwei Stunden früher zu verlassen, fragt er B., ob er die Ueberstundenarbeit vom Montag bereits am Freitag ausgleichen dürfe. B. ist einverstanden.

Die zwei Arbeitsstunden, die A. also am Freitag ausfallen lässt, sind die Ausgleichsfreizeit für die am Montag zu leistende Ueberstundenarbeit.

Die Beispiele zeigen die praktischen Schwierigkeiten deutlich. Die Frage, ob von Ueberstundenarbeit oder von Ausgleichsarbeit die Rede sei, hängt lediglich davon ab, welche der Parteien ihr Anliegen als erste vorbringt. Solange jedoch die Dauer der Ausgleichsfreizeit genau gleich lang ist, spielt die Unterscheidung Ueberstundenarbeit-Ausgleichsarbeit keine Rolle.

Typische Fälle von Ausgleichsarbeit sind die Vereinbarungen, dass die Zeit zwischen Feier- bzw. Freitagen arbeitsfrei sein soll, die dabei aber ausfallende Arbeitszeit vor- oder nachgeholt werden muss, d.h. sogenannte "Brücken zwischen Festtagen" (1) geschlagen werden (2). Im weiteren typisch sind jene Fälle, wo dem Arbeitnehmer

---

1) BIGA, ARV 1977, S. 107.

2) Das Gewerbliche Schiedsgericht Bern (Jahresbericht 1969, S. 18) und STREIFF (N. 3 zu Art. 321c OR) sprechen hier von nicht zuschlagsberechtigter Ueberstundenarbeit; BRUEHWILER einfach von Ueberstundenarbeit (N. 2 zu Art. 321c OR).

auf seinen Wunsch ausnahmsweise Freizeit gewährt wird, für die er keinen Anspruch auf Bezahlung hat und die er vorher oder nachher kompensieren muss. Ebenfalls als Ausgleichsarbeit erscheint der positive Gleitzeitsaldo bei gleitender Arbeitszeit (1).

Es ist wichtig, die Ausgleichsarbeit hier im privatrechtlichen Sinne zu verstehen und von der tatsächlichen Arbeitszeit zu unterscheiden. Es gilt in diesem Zusammenhang zu beachten, dass es eine Reihe von Arbeitsausfällen gibt, die nicht als Ausfall von Arbeitszeit zu behandeln sind und daher auch nicht vor- oder nachgeholt werden müssen. Ausgleichsarbeit im privatrechtlichen Sinne liegt demnach nur vor, wenn ausgefallene Arbeitszeit kompensiert wird, für die der Arbeitnehmer unter keinem Titel trotz fehlender Arbeitsleistung Lohn beanspruchen kann (2).

---

1) Vgl. hinten § 2 C VI.

2) Näheres dazu hinten § 2 B III.

C. VERHAELTNIS ZUR OEFFENTLICHRECHTLICHEN HOECHSTARBEITSZEIT

I. Allgemeines

Der Begriff der Ueberstundenarbeit ist rein privatrechtlich. Dennoch ist die Beziehung zur öffentlichrechtlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit des Arbeitsgesetzes (1) wesentlich, da das öffentliche Recht sich nicht nur auf die Regelung der Zulässigkeit der Arbeit beschränkt, sondern auch Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf Freizeitausgleich oder auf Lohnzuschüsse statuiert.

Ausgangspunkt der begrifflichen Unterscheidung ist die wöchentliche Höchstarbeitszeit laut Arbeitsgesetz. Es gilt dabei zu beachten, dass die Arbeitszeit aus der Sicht des Privatrechts nicht gleich bemessen wird wie aus der Sicht des öffentlichen Rechts. Als Grundsatz sei hier vorweggenommen, dass der privatrechtliche Begriff der Arbeitszeit den öffentlichrechtlichen umfasst. Was unter öffentlichrechtlicher Betrachtung als Arbeitszeit gilt, gilt auch privatrechtlich als Arbeitszeit, nicht aber umgekehrt (2).

Im Zusammenhang mit der Klärung der Verhältnisse zwischen privatrechtlicher Ueberstundenarbeit und der öffentlichrechtlichen Arbeitszeitregelung sind folgende Sachverhalte auseinanderzuhalten:

Sofern durch die Ueberstundenarbeit die öffentlichrechtliche Höchstarbeitszeit nicht überschritten wird, liegt ein rein privatrechtlicher Tatbestand vor. Dieser wird als "Ueberstundenarbeit im engeren Sinne" bezeichnet.

---

1) Vgl. hinten § 6.

2) Näheres dazu s. hinten § 2 B I.

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit des Arbeitsgesetzes darf in drei Fällen durchbrochen werden, nämlich bei Ausgleich ausfallender Arbeitszeit (Art. 11 ArG), durch Ueberzeitarbeit (Art. 12 und 13 ArG) oder Hilfsarbeit (Art. 14 ArG).

Jedes Ueberschreiten der normalen Arbeitszeit stellt Ueberstundenarbeit im privatrechtlichen Sinne dar, gleichgültig ob damit die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit durchbrochen wird oder nicht. Unter diesem Gesichtswinkel wird das Ueberschreiten der normalen Arbeitzeit als "Ueberstundenarbeit im weiteren Sinne" bezeichnet.

Ohne Belang ist die Unterscheidung für jene Arbeitsverhältnisse, die dem Arbeitsgesetz nicht unterstehen (1).

II. Ueberstundenarbeit im engeren Sinne

Ueberstundenarbeit im engeren Sinne liegt vor, wenn die Ueberstunden im Rahmen der öffentlichrechtlichen Höchstarbeitszeit geleistet werden. Dies ist dann der Fall, wenn im betreffenden Arbeitsverhältnis eine tiefere als die wöchentliche Höchstarbeitszeit normal ist. Haben die Parteien zum Beispiel 42-Stunden-Woche vereinbart und gelten im betreffenden Arbeitsverhältnis als Höchstarbeitszeit 45 Wochenstunden, so bleibt Raum für drei Ueberstunden im engeren Sinne.

Die Ueberstunden, die zwischen der tieferen normalen und der höheren gesetzlichen wöchentlichen Arbeitszeit liegen, werden auch "Zusatzarbeitszeit" (2) oder "disponible Quote" (3) genannt.

---

1) Vgl. hinten § 6 B.

2) NEF, S. 413.

3) BIGLER, S. 69.

III. Ausgleich ausfallender Arbeitszeit

Die Begriffe "Ausgleich ausfallender Arbeitszeit" und "Ausgleichsarbeit" sind auseinanderzuhalten. Ersterer entstammt dem öffentlichen Recht (Art. 11 ArG), letzterer dem Privatrecht.

Der öffentlichrechtliche Begriff der Arbeitszeit berücksichtigt nur die effektiv geleistete Arbeitszeit, der privatrechtliche zudem auch eine fiktive Arbeitszeit; nämlich solche, die der Arbeitnehmer effektiv nicht geleistet hat und die ihm trotzdem wie geleistete anzurechnen ist (1).

Soweit der Ausfall effektiver Arbeitzeit auch privatrechtlich nicht als Arbeitszeit zu rechnen ist, handelt es sich beim Ausgleich im öffentlichrechtlichen Sinne auch um Ausgleichsarbeit im privatrechtlichen Sinne und ist hier weiter nicht von Interesse.

Muss dagegen der Ausfall effektiver Arbeitszeit privatrechtlich als Arbeitszeit betrachtet werden, so kann der Ausgleich gleichzeitig Ueberstundenarbeit sein. Da es an der auszugleichenden Arbeitszeit fehlt, kann ja nicht mehr Ausgleichsarbeit vorliegen. Als Fälle, wo der Ausgleich ausfallender Arbeitszeit im Sinne von Art. 11 ArG zugleich Ueberstundenarbeit im Sinne von Art. 321c OR darstellt, kommen jene in Betracht, wo der Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung vollen Lohnanspruch geniesst, also trotz fehlender Arbeit Arbeitszeit im Sinne des Privatrechts vorliegt (2). Wenn ein Arbeitgeber beispielsweise zufolge Betriebsstörung in Annahmeverzug gerät und die Arbeitnehmer, ohne dazu verpflichtet zu sein (Art. 324 OR), die verlorengegangene Arbeitszeit nachleisten, liegt Ueberstundenarbeit vor.

---

1) WYLER, S. 26.

2) Vgl. hinten § 2 B III.

Die folgende Liste der in Art. 11 ArG vorgesehenen Ausgleichsgründe zeigt, dass die Ursache der Ueberschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit im Ausfall vor- oder nachfolgender Arbeitszeit liegt und nicht in der notwendigen zusätzlichen Arbeit. Unter diesem Gesichtswinkel ist denn auch die Formel "oder ähnliche Umstände" auszulegen. Der Ausgleich ausfallender Arbeitszeit im Sinne von Art. 11 ArG kann demzufolge nicht gleichzeitig Ueberzeitarbeit im Sinne von Art. 12 ArG sein, da ja auch für die Ueberzeitarbeit der öffentlichrechtliche Arbeitszeitbegriff massgebend ist (1).

Art. 11 ArG sieht folgende Ausgleichsgründe vor:

- Betriebsstörungen
- Betriebsferien für Arbeitnehmer, die nicht auf so viele Ferientage Anspruch haben, wie die Betriebsferien dauern
- Freizeit zwischen arbeitsfreien Tagen (z.B. Weihnachten und Neujahr)
- der Wunsch des Arbeitnehmers nach arbeitsfreier Zeit (nicht nur Tage, wie nach dem Wortlaut der Bestimmung) (2)
- oder ähnliche Umstände (3).

---

1) Vgl. hinten IV.

2) BIGA, ARV 1972, S. 5.

3) Ueber diese "Umstände" wird die gleitende Arbeitszeit unter Verletzung der Höchstarbeitszeit bis zu zwei Stunden täglich ermöglicht (BIGA, ARV 1972, S. 5; NEF, S. 409-412; WYLER, S. 200-212).

IV. Unterscheidung Ueberstundenarbeit und Ueberzeitarbeit

Der Begriff der Ueber**zeit**arbeit entstammt dem öffentlichen Recht (1), welches Voraussetzungen, Zulässigkeit, Ausgleich und Entschädigung regelt, nicht aber eine Pflicht zur Leistung durch den Arbeitnehmer (2). Letztere richtet sich ausschliesslich nach Privatrecht (3).

Durch die Ueber**zeit**arbeit wird die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten. Dieses Ueberschreiten ist Begriffsmerkmal (4). Doch nicht jedes Durchbrechen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ist Ueberzeitarbeit. Das Arbeitsgesetz kennt ja noch die Durchbrechungen durch Ausgleich ausfallender Arbeitszeit und durch Hilfsarbeit.

Ueber**zeit**arbeit ist immer auch Ueber**stunden**arbeit, nicht aber umgekehrt (5). Denn durch die Ueber**zeit**arbeit wird die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit begriffsnotwendig überschritten. Eine die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschreitende Arbeitszeit kann keine normale sein. Eine entsprechende vertragliche Regelung müsste, gestützt auf Art. 20 OR wegen widerrechtlichen Inhalts, auf das zulässige Mass reduziert werden. Ausgenommen hievon sind wiederum

---

1) Art. 12 und 13 ArG.

2) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 2 zu Art. 321c OR.

3) Vgl. hinten § 3.

4) Botschaft ArG, S. 972; BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 12 ArG; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG; HOLZER in: HUG, N. 1 zu Art. 13 ArG; REHBINDER, S. 41; SCHENK, S. 48; SCHWEINGRUBER, N. 3 zu Art. 321c OR; WYLER, S. 88.

5) REHBINDER, S. 41; FILLIETAZ unterscheidet überhaupt nicht (S. 33).

die beiden Durchbrechungen durch den Ausgleich ausfallender Arbeitszeit und durch Hilfsarbeit. "Ueberstundenarbeit kann vorher beginnen, fängt aber (...) sicher bei der öffentlichrechtlichen Grenze an" (1).

Es darf aus dem Umstand, dass in einem Arbeitsverhältnis zum Beispiel eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gilt, nicht voreilig geschlossen werden, jede 45 Stunden überschreitende Arbeit müsse nun a priori Ueberzeitarbeit sein. Abgesehen davon, dass es sich um vertraglich vereinbarte Hilfsarbeit - somit normale Arbeitszeit - oder um Ausgleichsarbeit handeln könnte, wäre auch denkbar, dass der Arbeitnehmer Arbeit leistet, die im öffentlichrechtlichen Sinne gar nicht als Arbeitszeit zählt, jedoch in privatrechtlicher Betrachtung eindeutig Arbeitszeit darstellt. Zum Beispiel wenn der Arbeitnehmer ausserbetrieblichen Pikettdienst leistet, welcher nur privatrechtlich zur Arbeitszeit zählt. Ebenso wenn Pausen gewährt werden, die bezahlt sind, nicht aber als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsschutzrechtes gelten, da der Arbeitsplatz verlassen werden darf (2). In all diesen Fällen wird aus privatrechtlicher Sicht länger als 45 Stunden wöchentlich gearbeitet, öffentlichrechtlich betrachtet jedoch nicht; die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit wird mithin auch nicht überschritten.

Die Ueberzeitarbeit ist nur aus den in Art. 12 ArG aufgelisteten Gründen möglich. Die Aufzählung ist abschliessend (3) und grenzt die Ueberzeitarbeit von anderen Durchbrechungen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ab.

---

1) CANNER/SCHOOP, N. 2 zu Art. 12 ArG.

2) Näheres dazu s. hinten § 2 B II.

3) BIGLER, S. 70; Botschaft ArG, S. 971; CANNER/SCHOOP, N. 3 zu Art. 12 ArG; HINDERMANN, S. 36; HOLZER in: HUG, N. 2 zu Art. 12 ArG; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG.

Als Gründe nennt Art. 12 Abs. 1 ArG:

"a) wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges;

b) für Inventuraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten;

c) zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehren zugemutet werden können."

V. Hilfsarbeit

1. Begriff

Bei der Hilfsarbeit handelt es sich um unproduktive Arbeit (1), die der eigentlichen Produktion vor- oder nachgehen, die "ausserhalb der üblichen, täglichen, in industriellen Betrieben durch den Stundenplan festgelegten Arbeitszeit geleistet wird und durch welche die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten werden kann, aber nicht muss" (2).

Begriffsmerkmal der Hilfsarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ist, dass sie von einem Arbeitnehmer geleistet wird, der sonst in der Produktion seine übliche Arbeit verrichtet (3). "Es ist also derselbe Arbeitnehmer, der die normale Arbeit und darüber hinaus die Hilfs-

---

1) Es handelt sich dabei nicht nur um untergeordnete Arbeit, sondern unter Umständen auch um Arbeit von qualifiziertem Personal, die der Vorbereitung der eigentlichen produktiven Tätigkeit dient, beispielsweise Reparaturarbeiten (DERRON in: NAEGELI, S. 121).

2) HOLZER in: HUG, N. 3 zu Art. 14 ArG.

3) BIGLER, S. 77; CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 14 ArG; HINDERMANN, S. 71; HOLZER in: HUG, N. 4 zu Art. 14 ArG; REHBINDER, S. 125; REHBINDER, ArG, N. 2 zu Art. 14 ArG; WYLER, S. 112.

arbeit verrichtet" (1). Werden dagegen für die Hilfsarbeiten besondere Arbeitskräfte, die ausschliesslich oder hauptsächlich diese Arbeiten besorgen, eingestellt, so finden die Vorschriften über die Hilfsarbeit im Arbeitsgesetz gar keine Anwendung (2).

Hilfsarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes liegt bereits bei Abweichung von der betrieblichen Arbeitszeit vor, nicht erst - wie die Ueberzeitarbeit - bei Durchbrechung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit. Die Durchbrechung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ist folglich nicht Begriffsmerkmal der Hilfsarbeit (3).

Die einzelnen als Hilfsarbeit in Frage kommenden Arbeiten sind durch Gesetz (Art. 14 ArG) und durch Verordnung (Art. 41 VO I) abschliessend aufgelistet (4).

Es sind dies im wesentlichen folgende Tätigkeiten:

Art. 14 Abs. 2 ArG:

"a) die täglichen Verrichtungen, welche die eigentliche Arbeit vorbereiten oder beenden;

b) das tägliche Reinigen der Arbeitsräume und Wegschaffen der Abfälle;

c) die periodischen Hauptreinigungs- und Hauptinstandstellungsarbeiten in den Arbeitsräumen und andere periodisch wiederkehrende Verrichtungen;

---

1) Botschaft ArG, S. 973.

2) HOLZER in: HUG, N. 4 zu Art. 14 ArG.

3) CANNER/SCHOOP, N. 4 zu Art. 14 ArG, mit Hinweisen auf die gleiche Auffassung der Vollzugsbehörden; HOLZER in: HUG, N. 3 und N. 9 zu Art. 14 ArG.

4) CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 14 ArG; HOLZER in: HUG, N. 2 zu Art. 14 ArG; a.M.: HINDERMANN, S. 72.

d) die unaufschiebbare Instandstellung von Arbeitsmaschinen, Apparaten, Transporteinrichtungen und Fahrzeugen;

e) die Bedienung und Instandstellung von Anlagen, die dem Betriebe Luft, Wasser, Licht, Wärme, Kälte, Dampf und Kraft vermitteln."

2. Verhältnis zur Ueberstundenarbeit im weiteren Sinne

Wird die Hilfsarbeit vertraglich verabredet, so gilt die dafür vorgesehene Zeit in der Regel als normale Arbeitszeit. In diesem Fall weicht zwar die normale Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer von der betrieblichen ab, aber das gehört ja gerade zum Begriff der Hilfsarbeit.

Wird der Arbeitnehmer ausserordentlicherweise, in Ueberschreitung seiner normalen Arbeitszeit zu Hilfsarbeiten oder zu vermehrten Hilfsarbeiten herangezogen, so liegt Ueberstundenarbeit im weiteren Sinne vor, gleichgültig ob damit die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wird oder nicht.

Immer mit Ueberstundenarbeit im weiteren Sinne haben wir es zu tun, wenn die Hilfsarbeit die tägliche Dauer von zwei Stunden überschreitet. Art. 14 Abs. 3 ArG, welcher die Hilfsarbeit aus arbeitsschutzrechtlichen Motiven begrenzt, schreibt vor, dass die Hilfsarbeit "nur ausnahmsweise mehr als zwei Stunden" betragen darf (1). Was aber Ausnahme ist, kann nicht normale, ordentliche Arbeitszeit sein.

---

1) Vgl. hinten § 6 D III 1.

Die Abgrenzung der Hilfsarbeit von der Ueberzeitarbeit ist teilweise unmöglich. Die "unaufschiebbare Instandstellung von Arbeitsmaschinen, Apparaten, Transporteinrichtungen und Fahrzeugen" gilt als Hilfsarbeit, kann aber auch als Ueberzeitarbeit aufgefasst werden (1). Da die Folgen beider Möglichkeiten hinsichtlich des Entschädigungsanspruches bzw. des Ausgleiches durch Freizeit von gleicher Dauer wenigstens vom Grundsatz her übereinstimmen, dürfte dieses Abgrenzungsproblem praktisch nicht besonders bedeutungsvoll sein. Für die Qualifikation als Ueberstundenarbeit im weiteren Sinne zählt einzig, ob diese Arbeiten, werden sie nun als Hilfsarbeit oder Ueberzeitarbeit bezeichnet, im Rahmen der normalen, vertraglichen Arbeitszeit oder in Ueberschreitung derselben geleistet werden.

---

1) Art. 14 Abs. 2 lit. c ArG, Art. 12 Abs. 1 lit. c ArG; dazu auch HOLZER in: HUG, N. 2 zu Art. 12 ArG und REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG.

D. NACHT- UND SONNTAGSARBEIT

Ueberstundenarbeit in der Nacht oder an Sonntagen erfährt für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Betriebe und Arbeitnehmer (1) eine besondere Behandlung, sowohl bezüglich der Zulässigkeit als auch bezüglich der Entschädigung bzw. des Ausgleichs (2).

Wichtig ist, dass Ueber**stunden**arbeit in der Nacht oder an Sonntagen nie gleichzeitig Ueber**zeit**arbeit oder Ausgleich ausfallender Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes sein kann, da diese in diesen Zeiten ausgeschlossen sind (2). AMBERG (3) führt die häufige Begriffsverwirrung auf die Regelung der Lohnzuschläge für Ueberzeit-, Sonntags- und Nachtarbeit in den Verträgen zurück.

Nacht- oder Sonntagsarbeit kann aber durchaus auch gleichzeitig Hilfsarbeit sein. Es gelten dann die Vorschriften über die Hilfsarbeit (4).

---

1) Zum Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes s. hinten § 6 B.

2) Näheres dazu hinten § 6 E I u. II 2.

3) S. 5.

4) REHBINDER, ArG, N. 4 zu Art. 14 ArG.

E. SPRACHGEBRAUCH

Die über die normale Arbeitszeit hinausgehende Arbeit - Ueberstundenarbeit - wird nicht einheitlich benannt. Ebensowenig hat sich für die über die gesetzliche Höchstarbeitszeit hinausgehende Arbeit eine einheitliche Terminologie herausgebildet (1). Daraus entstehen teils erhebliche Abgrenzungsprobleme.

Dem gesetzlichen Sprachgebrauch folgend wird hier unterschieden:

"Ueberstundenarbeit" und "Ueberstunden" werden für die über die normale, vertragliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeit bzw. die dazu benötigte Zeit verwendet (2). Die über die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit hinausgehende Arbeit wird mit "Ueberzeitarbeit" oder "Ueberzeit" bezeichnet (3). Dieser Sprachregelung folgt auch mehrheitlich die Lehre (4).

---

1) Vor allem werden die Bezeichnungen "Ueberzeit" und "Ueberzeitarbeit" auch für Ueberstunden bzw. Ueberstundenarbeit verwendet, z.B. GAV für die schweizerische Papierindustrie, Art 7; GAV der Basler Chemie, Art. 11; GAV für die Baumwollindustrie, Art. 12; GAV für das Transportgewerbe der Stadt und des Bezirkes Zürich, Art. 9; Arbeitsgericht Zürich, SJZ 76 (1980), S. 265; Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 285.

2) Marginale zu Art. 321c OR: "Ueberstundenarbeit".

3) Marginale zu Art. 12 ArG: "Ueberzeitarbeit".

4) BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; CANNER/SCHOOP, N. 2 zu Art. 12 ArG; REHBINDER, S. 41; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG; SCHWEINGRUBER, N. 1 zu Art. 321c OR; VISCHER, S. 345; VOEGELI, S. 6. Keine Unterscheidung macht FILLIETAZ, S. 33.

Die frühere privatrechtliche Regelung verwendete anstelle von "Ueberstundenarbeit" den Begriff "Mehrarbeit" (1). Die Umstellung auf die Bezeichnung "Ueberstundenarbeit" erfolgte, weil die Bezeichnung "Mehrarbeit" im gewöhnlichen Sprachgebrauch kaum gebräuchlich war (2).

WYLER (3) unterscheidet genauer zwischen "Ueberzeit" und "Ueberzeitarbeit". Er verwendet den Begriff "Ueberarbeit" als Oberbegriff und "Ueberzeit" für die dafür verwendete Zeit, "Ueberstundenarbeit" für die die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit (Art. 321c OR) und "Ueberzeitarbeit" für die über die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit hinausgehende Arbeit (Art. 12 ArG). Diese Terminologie fruchtet im Ergebnis nicht viel, ist doch schon der privatrechtliche Begriff der Ueber**stunden**arbeit ein Oberbegriff, da ja jede Ueber**zeit**arbeit gleichzeitig auch Ueber**stunden**arbeit darstellt.

Der Praxis macht es offensichtlich Mühe, zwischen Ueber**stunden**arbeit und Ueber**zeit**arbeit begrifflich sauber zu trennen. In zahlreichen

---

1) Marginale zu Art. 336 ORvRev: "Mehrarbeit". Daher wird in den Kommentaren von HUG und BIGLER sowie bei NAEGELI noch nicht zwischen Ueber**stunden**arbeit und Ueber**zeit**arbeit sauber getrennt. Es wird aber, der Erscheinungszeit vor der OR-Revision entsprechend, genau zur Mehrarbeit abgegrenzt.

   Im deutschen Arbeitszeitrecht entspricht der Begriff "Mehrarbeit" unserem Begriff "Ueber**zeit**arbeit", während für unseren Begriff "Ueber**stunden**arbeit" die Bezeichnungen "Ueberstunden" und "Ueberarbeit" gebraucht werden (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25. Feb. 1976, besprochen in KREUTZ, ZFA 1977, S. 485; NIKISCH, S. 342; ZOELLNER, S. 156).

2) Botschaft OR, S. 304; Prot. Komm. NR, 27./28. Nov. 1967, S. 51.

3) S. 74.

Verträgen, auch Gesamtarbeitsverträgen (1) wird nicht immer klar, ob die häufig mit "Ueberzeit" bezeichnete Arbeit in der normalen, allenfalls in der abweichenden gesamtarbeitsvertraglichen oder in der gesetzlichen Arbeits- bzw. Höchstarbeitszeit ihren Ausgangspunkt hat. Selbst die Gerichte nehmen es mit der Wortwahl nicht immer genau (2).

Trotz der Bezeichnung "Ueber**stunden**arbeit" wollte der Gesetzgeber nicht etwa nur Ueberschreitungen von mindestens einer Stunde über die normale Arbeitszeit hinaus als Ueber**stunden**arbeit behandelt wissen (3). Die Bezeichnung wurde gewählt, um dem gewöhnlichen Sprachgebrauch näherzukommen (4); aus den Materialien lässt sich keine andere Absicht erkennen. Indessen schliesst STREIFF daraus, dass nicht mehr von "Mehrarbeit", sondern nun von "Ueber**stunden**arbeit" die Rede ist, und aus einer nicht näher erläuterten "bisherigen Praxis", dass eine Verzögerung des Arbeitsschlusses um weniger als eine Viertelstunde nicht als Ueberstundenarbeit zu behandeln ist, wenn sie nicht regelmässig erfolgt (5). Es ist unerfindlich, weshalb STREIFF nicht konsequenterweise nur das **stunden**weise Ueberschreiten der normalen Arbeitszeit als Ueber**stunden**arbeit behandeln will. Der Auffassung STREIFFs ist neben dem Argument der fehlenden Absicht des Gesetzgebers auch entgegenzuhalten, dass ein im **Stunden**lohn entlöhnter Arbeitnehmer auch Lohn für angebrochene Stunden zugute hat, nicht nur für ganze oder Viertelstunden.

---

1) Z.B. GAV für die schweizerische Papierindustrie, Art. 7; GAV der Basler Chemie, Art. 11; GAV für die Baumwollindustrie, Art. 12; GAV für das Transportgewerbe der Stadt und des Bezirks Zürich, Art. 9.

2) Z.B. Arbeitsgericht Zürich, SJZ 76 (1980), S. 265; Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 285.

3) Gleicher Meinung: WEBER, S. 89, Anm. 8. Ebenso für das österreichische Arbeitszeitrecht: HASLINGER, S. 59.

4) Botschaft OR, S. 304; Prot. Komm. NR, 27./28. Nov. 1967, S. 51.

5) N. 4 zu Art. 321c OR.

§ 2 VORAUSSETZUNGEN DER UEBERSTUNDENARBEIT

A. ARBEITGEBERINTERESSE

Den Ueberstunden haftet etwas Ausserordentliches an. Sie werden nicht ohne weiteres im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geleistet. Der Arbeitnehmer kann nicht von sich aus einfach seine Leistung zeitlich erweitern und in der Folge Gegenleistung fordern. Blosses einseitig vom Arbeitnehmer herrührendes Ueberschreiten der normalen Arbeitszeit ist keine Ueberstundenarbeit (1).

Ausgangspunkt der von Art. 321c OR erfassten Ueberstunden "sind jene Mehrleistungen, die durch vorübergehende Bedürfnisse des Arbeitgebers bedingt werden" (2). Ueberstunden liegen also nur dann vor, wenn sie im Arbeitgeberinteresse geleistet werden (3). Der Arbeitnehmer hat kein **Recht** auf Ueberstunden, sondern nur eine entsprechende **Leistungspflicht.** Dies ergibt sich aus der systematischen Einordnung des Art. 321c OR unter die "Pflichten des Arbeitnehmers" (4) sowie aus dem Wortlaut der Bestimmung, welche in Abs. 1 die Voraussetzung und die Schranken formuliert (5).

Entgegen der Auffassung BRUEHWILERs (6) ist die Notwendigkeit der Ueberstundenarbeit nicht Merkmal für das Vorliegen der Ueber-

---

1) "Aufgedrängte Ueberstunden" gibt es nicht.

2) Gewerbegericht Zürich, ARV 1966, S. 37. Im Ergebnis gleich: BIGA, ARV 1970, S. 5.

3) FREY, S. 3.

4) Marginale zu Art. 321 bis 321e OR.

5) Näheres dazu hinten § 4.

6) N. 3 zu Art. 321c OR.

stundenarbeit, sondern lediglich Voraussetzung für die Pflicht des Arbeitnehmers, solche zu leisten (1). Selbstverständlich kann der Arbeitnehmer auch Ueberstunden leisten, ohne dazu verpflichtet zu sein, wenn der Arbeitgeber sein Interesse daran geäussert hat und auch wenn die geleistete Arbeit objektiv betrachtet nicht notwendig oder wenigstens nicht in diesem Zeitpunkt notwendig ist.

I. Angeordnete Ueberstundenarbeit

Ist die geleistete Ueberstundenarbeit vom Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet worden, so liegt sie offensichtlich im Interesse des Arbeitgebers, unabhängig davon, ob sie notwendig erscheint oder nicht (2). Gleichgültig, ob der Arbeitgeber diese befohlen oder der Arbeitnehmer darum gebeten hat, gleichgültig auch, ob der Arbeitnehmer sich ihr widerwillig unterzieht oder ob er aus Interesse an der zusätzlichen Vergütung damit einverstanden ist (3).

Ueberstunden werden aber nicht immer ausdrücklich als solche zum voraus angeordnet oder gar befohlen (4). Anstelle der ausdrücklichen Anordnung genügt die Anordnung eines Arbeitspensums, das erfahrungsgemäss nur in Ueberstundenarbeit gemeistert werden kann (5).

---

1) Vgl. hinten § 4 A.

2) Nach BRUEHWILER sind angeordnete Ueberstunden auch notwendige (N. 3 zu Art. 321c OR); wie hier: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 13 zu Art. 321c OR.

3) Gewerbegericht Zürich, ARV 1962, S. 15 = CANNER, S. 113.

4) Wieweit der Arbeitgeber hiezu berechtigt ist, s. hinten § 4.

5) FREY, S. 3, mit entsprechenden Nachweisen aus der deutschen Judikatur; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 10 zu Art. 321c OR.

Es kann auch genügen, wenn einem Arbeitnehmer nahegelegt wird, im Betriebsinteresse Arbeitsrückstände aufzuholen, die nicht in der normalen Arbeitszeit bewältigt werden können (1). Es kann sogar genügen, dass die Erwartung des Arbeitgebers zum Ausdruck kommt, der Arbeitnehmer werde sein Pensum mit Ueberstundenarbeit bewältigen (1). In allen hier beschriebenen Fällen leistet der Arbeitnehmer mit Wissen und Willen (2) des Arbeitgebers Ueberstunden, sie gelten folglich als angeordnet.

II. Nicht angeordnete, aber genehmigte Ueberstundenarbeit

Ueberstunden können aber auch vorliegen, wenn der Arbeitnehmer, ohne den Arbeitgeber vorher zu orientieren oder ohne dessen Wissen und Willen, zusätzliche Arbeit leistet.

Wenn der Arbeitgeber nachträglich solche Arbeit genehmigt (3) oder wenn er solche zulässt oder entgegennimmt (4), ist diese Arbeit der angeordneten Ueberstundenarbeit gleichzustellen (5), gleichgültig, ob sie notwendig war oder nicht.

Die Genehmigung des Arbeitgebers muss aber nicht unbedingt ausdrück-

---

1) FREY, S. 3, mit entsprechenden Nachweisen aus der deutschen Judikatur; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 10 zu Art. 321c OR.

2) Botschaft OR, S. 305.

3) Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 101.

4) Rekurskommission des Kantonsgerichts St. Gallen, ARV 1962, S. 111.

5) Im Ergebnis gleich: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, BJM 1960, S. 176; Gewerbegericht Zürich, ZR 57 (1958) Nr. 29. Ebenso mit der Einschränkung einer anderslautenden Uebung in der betreffenden Berufsbranche: Gewerbliches Schiedsgericht Bern, Jahresbericht 1970, S. 14; wie hier: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 13 zu Art. 321c OR.

lich, sondern kann auch stillschweigend erfolgen (1). "Ein solches Einverständnis des Arbeitgebers mit nicht angeordneten Ueberstunden kann nur ausnahmsweise angenommen werden", meint allerdings dazu das Appellationsgericht Basel-Stadt (2). Die Zustimmung kann nach Auffassung des Bundesgerichtes aus schlüssigem Verhalten hervorgehen. Es nahm dies in einem Fall als gegeben an, wo der Arbeitgeber wusste, dass der Arbeitnehmer Ueberstunden machte, dagegen jedoch nicht Einspruch erhob, sondern sich im Gegenteil darüber erfreut gezeigt und sich bedankt hatte (3).

Vertragliche Bestimmungen, wonach Ueberstunden nur berücksichtigt werden, wenn sie vom Arbeitgeber angeordnet werden (4), ändern an der Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung - ob ausdrückliche oder stillschweigende - nichts. Die Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit ist absolut zwingender Natur, sie kann daher weder wegbedungen noch an Bedingungen geknüpft werden, die nicht schon im Gesetz erwähnt sind (5). Das Bundesgericht hat denn auch festgehalten, der Arbeitnehmer müsse "sogar aus eigenem Antrieb die zusätzlichen Arbeiten, die für den guten Gang des Unternehmens unerlässlich sind und die billigerweise von ihm verlangt werden können, erledigen" (6). Allerdings könne solche Ueberstundenarbeit sich nur dann über

---

1) Wie hier SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 13 zu Art. 321c OR.

2) BJM 1976, S. 101.

3) BGE 86 II 156 (franz.) = Pr. 49 Nr. 164. Ebenso: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, JAR 1981, S. 229, wo der Arbeitnehmer wöchentlich über seine Ueberstundenarbeit rapportierte und der Arbeitgeber dagegen keinen Widerspruch erhob.

4) Z.B. GAV für das Autogewerbe des Kantons Zürich, Art. 9; GAV der schweizerischen Maschinenindustrie, Art. 24; GAV der schweizerischen Papierindustrie, Art. 7.

5) Dazu hinten § 3 C.

6) BGE 86 II 156 = Pr. 49 Nr. 164, S. 457.

einen längeren Zeitraum erstrecken, wenn der Dienstherr damit einverstanden sei. Eine solche Zustimmung könne aber auch aus schlüssigem Verhalten hervorgehen.

Das Arbeitsgericht Zürich stellt konsequenterweise in jahrelanger, konstanter Praxis die stillschweigende Duldung der Ueberstundenarbeit in einem kleinen, überschaubaren Betrieb der Anordnung gleich. Es hält weiter fest, wenn ein Arbeitgeber zugebe, dass die Arbeitszeit schlechthin zwölf Stunden pro Tag dauerte, bedürfe es keiner weiteren Abklärungen bezüglich Leistung und Anordnung (1).

Sofern der Arbeitgeber von der Leistung der Ueberstundenarbeit keine Kenntnis hat, muss vom Arbeitnehmer verlangt werden, dass er den Arbeitgeber bei nächster Gelegenheit orientiert (2). Das Arbeitsgericht des Bezirks St. Gallen hält eine Meldefrist von einer Woche für angemessen (3).

---

1) ZR 69 (1970) Nr. 48 = Separatdruck des Gewerbegerichtes Zürich 1969/70, S. 5.

2) BRUEHWILER, N. 3 zu Art. 321c OR; REHBINDER, S. 42; VZH, S. 833; das Zürcher Arbeitsgericht verlangt in JAR 1981, S. 232, unverzügliche Meldung.

3) ARV 1963, S. 54; SCHOENENBERGER/STAEHELIN verlangen in N. 14 Anzeige bis zum nächsten Zahltag, anderenfalls Verzicht auf Abgeltung anzunehmen sei. Diese Meldefrist ist nicht zu verwechseln mit der Frist zur Geltendmachung des Abgeltungsanspruches (vgl. dazu hinten § 11).

III. Nicht angeordnete und nicht genehmigte Ueberstundenarbeit

Ist die über die normale Arbeitszeit hinausgehende Leistung des Arbeitnehmers weder angeordnet noch genehmigt worden, so kann sie nur dann als Ueberstundenarbeit behandelt werden, wenn sie notwendig war oder der Arbeitnehmer sie gutgläubig als notwendig betrachtet hat. Der Arbeitnehmer muss sich weiter im guten Glauben darüber befinden, dass der Arbeitgeber die Ueberstundenarbeit angeordnet oder gebilligt hätte, wenn er dazu Gelegenheit gehabt hätte (1).

Bezüglich abweichender vertraglicher Bestimmungen (2) muss wiederum auf den zwingenden Gehalt der Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit verwiesen werden (3). Nach unbestrittener Auffassung ist der Arbeitnehmer nicht nur verpflichtet, notwendige Ueberstundenarbeit auf Anordnung hin, sondern auch zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers zu leisten, selbst ohne dessen Wissen und Willen (4), oder, wie sich das Bundesgericht ausdrückt, "aus eigenem Antrieb" (5).

Es wäre stossend, dem Arbeitnehmer einerseits die Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit auch aus eigenem Antrieb auferlegen zu wollen und andererseits Ueberstunden nur anzuerkennen, wenn sie angeordnet oder genehmigt werden. Solche gutgläubig geleistete Ueberstundenarbeit ist daher wie angeordnete oder genehmigte zu

---

1) Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 101; wie hier: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 14 zu Art. 321c OR.

2) Siehe vorne II.

3) Vgl. hinten § 4 C.

4) Botschaft OR, S. 305; BRUEHWILER, N. 3 zu Art. 321c OR; REHBINDER, S. 40; VISCHER, S. 345; WEBER, S. 89.

5) BGE 86 II 156 = Pr. 49 Nr. 164.

behandeln. Zu diesem Ergebnis müsste man im übrigen auch gelangen, wenn man die Vorschriften über das faktische Arbeitsverhältnis (Art. 320 OR) heranzieht (1).

Vertragliche Bestimmungen, wonach nur eine beschränkte Zahl von Ueberstunden ohne gegenteilige Anordnung anerkannt werden soll, so bei gleitender Arbeitszeit durch Festlegung eines höchstzulässigen positiven Gleitzeitsaldos (2), ändern an dieser Rechtsfolge grundsätzlich wenig. Sie sind aber, wie die anderen Klauseln, die der Beschränkung der "Ueberstundenschinderei" (3) dienen (4), nicht gänzlich ausser acht zu lassen.

Sie werden auf die Beweiswürdigung im konkreten Einzelfall dahingehend wirken, dass an die Vermutung des guten Glaubens (Art. 3 ZGB) beim Arbeitnehmer bezüglich der Notwendigkeit und Erwartung seiner Eigeninitiative hohe Anforderungen zu stellen sind. Der Arbeitgeber bringt durch eine solche Vertragsklausel zum Ausdruck, dass er nur in ganz krassen Fällen die Eigeninitiative seiner Arbeitnehmer wünscht. Die Klauseln haben folglich die von BRUEHWILER gewünschte "psychologische Wirkung" (5).

Gegen den erklärten Willen des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer auch dann keine Ueberstundenarbeit leisten, wenn diese im objektiven Interesse des Arbeitgebers liegen würde.

---

1) Gleicher Meinung sind SCHERRER, S. 44; und WYLER, S. 101.

2) Vgl. hinten C VII.

3) BRUEHWILER, N. 3 zu Art. 321c OR. Er schlägt in einer Klausel vor: "Ein Anspruch auf eine Vergütung der Ueberstundenarbeit besteht indessen nur, wenn diese ausdrücklich angeordnet oder nachträglich genehmigt worden ist."

4) In einem Einzelarbeitsvertragsmuster der Elektronikbranche ist die Formel zu finden: "Ueberzeit wird nur dann bezahlt, wenn sie von der Geschäftsleitung generell oder im Einzelfall ausdrücklich angeordnet wurde."

5) BRUEHWILER, N. 3 zu Art. 321c OR.

B. ZEITLICH RELEVANTE ARBEIT

I. Arbeitszeitbegriff

1. Privatrechtliche Betrachtung

Die Arbeitszeit ist der zeitliche Umfang der Arbeit. Sie ist die Zeitspanne, während welcher der Arbeitnehmer innerhalb oder ausserhalb des Betriebes dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, also über seine Zeit nicht frei verfügen kann (1). Korrelat zur Arbeitszeit ist die Freizeit.

Die Hauptleistung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis ist die Arbeitsleistung nach Zeit. "Nicht das Arbeitsergebnis ist geschuldet, sondern die Verwendung der Zeit für den Arbeitgeber" (2). Demgegenüber besteht die Hauptpflicht des Arbeitgebers in der Lohnzahlung. Unter den privatrechtlichen (3) Begriff der Arbeitszeit fällt demnach grundsätzlich diejenige Zeit, für die der Arbeitnehmer generell oder zusätzlich Anspruch auf Lohn hat (4).

Dazu gehört neben der effektiven auch die fiktiv geleistete Arbeitszeit. Als fiktive Arbeitszeit ist jene Zeit zu rechnen, welche trotz fehlender Arbeitsleistung aufgrund von Vertrag, Gesetz oder Uebung als Arbeitszeit anzurechnen ist (5). Zu denken ist vorab an die in

---

1) CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 30 VO I.

2) REHBINDER, S. 30.

3) WYLER nennt denn auch diesen Arbeitszeitbegriff den "lohnrechtlichen" (S. 24).

4) KAUFMANN, S. 78.

5) WYLER, S. 26.

Art. 324a OR geregelten unverschuldeten Verhinderungen des Arbeitnehmers aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten. Ebenso bei Annahmeverzug des Arbeitgebers (Art. 324 OR) und Ferien.

Es ist für den Begriff der Arbeitszeit unwesentlich, welcher Art der Inhalt der Arbeitspflicht ist. Es spielt keine Rolle, ob produktiv gearbeitet wird oder sogenannte Hilfsarbeiten verrichtet werden (1), die der eigentlichen Produktion vor- oder nachgehen oder sie begleiten. Auch wenn sich der Arbeitnehmer nur zur Arbeit bereithalten soll, ist die Zeit, die er dafür verwendet, Arbeitszeit (2). Der Inhalt der Arbeitspflicht kann aber zu Abgrenzungsproblemen führen.

Begriffswesentlich ist das Zeitmoment nur für die Leistung des Arbeitnehmers, nicht jedoch für die genaue Bestimmung der Lohnzahlung als Leistung des Arbeitgebers (3).

In der Regel wird die Arbeitsleistung nach ihrer Dauer entlöhnt. In diesem Fall ist einfach zu ermitteln, welches der zeitliche Umfang der Arbeit ist; die Parteien werden meistens festgelegt haben, wie die Zeit zu messen ist.

Bei Akkordarbeit wird die Lohnhöhe nach dem Arbeitsergebnis ohne Rücksicht auf die Länge der Arbeitszeit bemessen (4). Aber auch

---

1) Auch die Zeit der Reise zu einem vom üblichen Arbeitsort entfernten Einsatzort gehört zur Arbeitszeit; vgl. Urteil des Appellationsgerichtes Basel-Stadt, JAR 1984, S. 98.

2) Sog. Bereitschaftsdienst. Näheres dazu hinten II 1.

3) GUHL/MERZ/KUMMER, S. 380.

4) REHBINDER, S. 54; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 16 zu Art. 319 OR.

die Akkordarbeit hat einen zeitlichen Umfang, welcher als Arbeitszeit ermittelt werden kann. Auch wenn reine Akkordarbeit vereinbart wird, ist es üblich, den Zeitrahmen festzulegen. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wäre die Arbeitszeit nach dem Massstab des Ueblichen zu ermitteln. Das Arbeitsergebnis ist lediglich Massstab für die Bemessung des Lohnes, es wird nicht vom Arbeitnehmer geschuldet (1).

In besonderen Verhältnissen wird auf Arbeitszeit als Mass der Arbeitnehmerleistung verzichtet. Der Arbeitnehmer hat einfach ein Arbeitspensum zu erledigen; die Zeit, die er dafür verwendet, ist nebensächlich. Doch hat auch Arbeit einen zeitlichen Umfang, mithin eine Arbeitszeit. Die Begriffe "Arbeit" und "Arbeitszeit" können nicht voneinander getrennt werden (2). Als normale Arbeitszeit gilt in solchen Fällen diejenige Zeit, die üblicherweise zur Erledigung des Pensums notwendig ist (3).

2. Oeffentlichrechtliche Betrachtung

Die öffentlichrechtliche Betrachtung der Arbeitszeit geht von der Zulässigkeit der Arbeitsleistung in zeitlicher Hinsicht aus (3). Die Arbeitszeit wird daher im Rahmen des Arbeitsschutzes im Sinne eines Maximums umschrieben (4), welches gegenwärtig für die meisten

---

1) WYLER, S. 23.

2) Zur Problematik bei der Bestimmung von Ueberstundenarbeit s. hinten C II 2 und C VII betr. höhere leitende Angestellte.

3) WYLER, S. 25.

4) KAUFMANN, S. 52.

dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitsverhältnisse 45 bzw. 50 Wochenstunden beträgt (1). Das Arbeitsgesetz schreibt vor, welche Mindestruhezeiten gewährt werden müssen (2).

Die Begriffsbestimmung in der VO I knüpft an den privatrechtlichen Arbeitszeitbegriff an: "Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat" (3). Aus den Abgrenzungen zu Wegzeiten, ausserbetrieblichem Bereitschaftsdienst und Pausen ergeben sich zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Arbeitszeit wesentliche Unterschiede.

Das öffentlichrechtliche Schutzrecht hat einzelne Sachverhalte aus dem Arbeitszeitbegriff herausgehalten, weil es diese offenbar nicht als schutzwürdig erachtet, ebenso wie auch einzelne Arbeitsverhältnisse überhaupt nicht in den Geltungsbereich des Arbeitsschutzrechtes fallen (4). Der öffentlichrechtliche Arbeitszeitbegriff ist enger gefasst als der privatrechtliche. Was unter den öffentlichrechtlichen fällt, fällt auch unter den privatrechtlichen, nicht aber umgekehrt. Insbesondere berücksichtigt das öffentlichrechtliche Arbeitsschutzrecht im Gegensatz zum Privatrecht nur die effektiv geleistete Arbeitszeit.

---

1) Art. 9 Abs. 1 ArG.
2) Art. 15 bis 22 ArG.
3) Art. 30 VO I.
4) Dazu hinten § 6 B.

II. Abgrenzungen

1. Bereitschaftsdienst

Unter Bereitschaftsdienst versteht man einerseits die Arbeitsbereitschaft im Betrieb und andererseits die Rufbereitschaft ausserhalb des Betriebes.

a) Innerbetrieblicher Bereitschaftsdienst

Bei der sogenannten Arbeitsbereitschaft im Betrieb ist der Arbeitnehmer an seiner Arbeitsstelle anwesend und jederzeit bereit, in den Arbeitsprozess einzugreifen (1). Er stellt sich also dem Arbeitgeber voll zur Verfügung. Die Zeit, die er dafür im Betrieb des Arbeitgebers verbringt, ist als Arbeitszeit zu betrachten. Die Arbeitsbereitschaft unterscheidet sich bezüglich ihrer Qualifikation als Arbeitszeit nicht von anderen Arbeitsleistungen. Die privatrechtliche und die öffentlichrechtliche Betrachtung führen zu demselben Ergebnis.

b) Ausserbetrieblicher Bereitschaftsdienst

Der ausserbetriebliche Bereitschaftsdienst, sogenannte Rufbereitschaft oder Pikettdienst (2), verpflichtet den Arbeitnehmer, sich an einem selbstbestimmten, aber dem Arbeitgeber bekannten Ort auf Abruf zur Arbeit bereitzuhalten (3).

Aus privatrechtlicher Sicht liegt bei Rufbereitschaft grundsätzlich Arbeitszeit vor. Der Arbeitnehmer kann über seine Zeit nicht frei

---

1) HEUSS-LUEDIN, S. 21.

2) CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 30 VO I; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 9 ArG.

3) HEUSS-LUEDIN, S. 22.

verfügen; er hält seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung, mache dieser von ihr nun Gebrauch oder nicht (1). Der Arbeitnehmer wird in irgendeiner Weise dafür entlöhnt werden müssen.

Das öffentliche Recht entzieht die Rufbereitschaft ausdrücklich seinem Schutzbereich. Art. 30 VO I bestimmt, der Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes sei "soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird". Die Rufbereitschaft selbst zählt demnach zur Ruhezeit (2). Selbst derjenige Arbeitnehmer, welcher wochenlang rund um die Uhr ausserbetrieblichen Pikettdienst leistet, ohne tatsächlich an den Arbeitsprozess gerufen zu werden, geniesst nach Arbeitsgesetz dauernd Ruhezeit, während ihm privatrechtlich die ganze Zeit als geleistete Arbeitszeit anzurechnen ist.

Ueberstundenarbeit wird bei Rufbereitschaft dann geleistet, wenn die Bereitschaftszeit die vertraglich vereinbarte überschreitet, unabhängig davon, ob tatsächlich in den Arbeitsprozess eingegriffen werden muss (3). Dagegen ist Ueber**zeit**arbeit nur dann möglich, wenn die Zeit, während welcher der Arbeitnehmer zur Arbeit tatsächlich herangezogen wird, die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit überschreitet.

---

1) CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 30 VO I; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 9 ArG.

2) HEUSS-LUEDIN, S. 22.

3) A.M.: BONER, S. 84, der selbst bei tatsächlichem Eingriff in den Arbeitsprozess keine Ueberstundenarbeit annehmen will.

2. Pausen

Das Arbeitsgesetz schreibt das Unterbrechen der Arbeit durch Pausen vor (1). Je nach Dauer der täglichen Arbeitszeit werden Mindestpausen festgelegt.

Die Pausen gelten als Arbeitszeit im öffentlichrechtlichen Sinne, wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht verlassen darf (2). Solche Pausen - auch Betriebspausen genannt (3) - unterbrechen nur die Arbeit, nicht aber die Arbeitszeit. Sie sind folglich auch unter privatrechtlicher Betrachtung als Arbeitszeit zu berücksichtigen.

Kann der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz verlassen und über die Pausenzeit frei verfügen, so liegt keine Arbeitszeit vor. Solche Pausen werden Ruhepausen genannt (4). Oeffentlichrechtlich betrachtet, liegt Ruhezeit, privatrechtlich Freizeit vor. Dies gilt wohl regelmässig bei Hauptpausen (z.B. Mittagspause). Dagegen ist durchaus denkbar, dass bezüglich der Berücksichtigung als Arbeitszeit privatrechtlich etwas anderes vereinbart wird.

3. Wegzeiten

Die Zeit, welche der Arbeitnehmer benötigt, um von seiner Wohnung zu seiner Arbeitsstätte zu gelangen und umgekehrt, fällt weder arbeitsschutzrechtlich noch privatrechtlich unter den Begriff der Arbeitszeit. Das Arbeitsschutzrecht hält dies im Rahmen der Begriffs-

---

1) Art. 15 ArG. Näheres dazu hinten § 6 E II 1.
2) Art. 15 Abs. 2 ArG.
3) HEUSS-LUEDIN, S. 23.
4) HEUSS-LUEDIN, S. 22.

bestimmung ausdrücklich fest (1). Im Obligationenrecht findet sich keine diesbezügliche Bestimmung. Es ist aus praktischen Gründen kaum möglich, den Arbeitsweg lohnrechtlich als Arbeitszeit zu betrachten, sonst müssten differenzierte Lohnsysteme je nach Distanz des Arbeitsweges geschaffen werden.

Dagegen zählt die Reisezeit von der Betriebsstätte zum eigentlichen Arbeitsplatz ausserhalb des Betriebes sowohl arbeitsschutzrechtlich wie privatrechtlich zur Arbeitszeit. Reist der Arbeitnehmer unmittelbar von seiner Wohnung zum ausserhalb der Betriebsstätte liegenden Arbeitsplatz, so muss er sich allerdings die Zeit anrechnen lassen, die er dadurch erspart hat, dass er nicht zum Betrieb zu fahren brauchte (2).

Ebenso zählt folglich diejenige Zeit zur Arbeitszeit, die bei Verlegung der eigentlichen Arbeitsplätze benötigt wird. Es ist nicht einzusehen, weshalb zum Beispiel die Zeit, die ein Monteur braucht, um an diverse Arbeitsplätze zu fahren, nicht zur Arbeitszeit zählen sollte. Die Legaldefinition der Arbeitszeit in der VO I - "Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat" - umfasst offensichtlich auch Reisezeiten; sonst wäre die ausdrückliche Ausnahmeregelung - "Der Weg zu und von der Arbeit gilt nicht als Arbeitszeit" (1) - nicht nötig. Als "Weg zu und von der Arbeit" ist nur der Weg von der Wohn- zur Arbeitsstätte und umgekehrt zu verstehen (2).

Im Gegensatz dazu schliesst die herrschende Lehre (3) aus dem Um-

---

1) Art. 30 Abs. 1 VO I.

2) HEUSS-LUEDIN, S. 24.

3) BIGLER, S. 55; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 9 ArG; HEUSS-LUEDIN, S. 23; HOLZER in: HUG, N. 3 zu Art. 9 ArG.

stand, wonach die Wegzeiten für die Verlegung des Arbeitsplatzes ausserhalb des Betriebes im Gesetz keine ausdrückliche Erwähnung finden, dass diese arbeitsschutzrechtlich nicht zur Arbeitszeit zu rechnen seien. HEUSS-LUEDIN will die Wegzeit vom Betrieb zum ausserhalb des Betriebes befindlichen Arbeitsplatz zur Arbeitszeit rechnen (1), nicht jedoch den Weg von einem Arbeitsplatz ausserhalb des Betriebes zum anderen Arbeitsplatz ausserhalb des Betriebes (2).

---

1) Unter dem Titel "Wegzeit", S. 24.

2) Unter dem Titel "Verlegung des Arbeitsplatzes", S. 23.

C. UEBERSCHREITEN DER NORMALEN ARBEITSZEIT

I. Allgemeines

Ueberstunden sind auch Arbeitszeit, nämlich diejenige, welche die **normale** Arbeitszeit überschreitet (1). Die Frage also, ob Ueberstunden vorliegen oder nicht, hängt entscheidend davon ab, welche Arbeitszeit im konkreten Arbeitsverhältnis die normale ist.

Als normale Arbeitszeit umschreibt Art. 321c OR den "zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist". Obwohl nur vom "zeitlichen Umfang der Arbeit" die Rede ist, ist für die Bestimmung der Ueberstundenarbeit nicht nur die Dauer der Arbeitszeit, sondern auch deren zeitliche Lage von Bedeutung. Abs. 2 von Art. 321c OR sieht auch den Ausgleich der Ueberstunden durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer vor, wodurch sich am Umfang der Arbeitszeit absolut nichts ändert, jedoch ihre Lage verschoben wurde.

WYLER (2) vermutet, dass der Gesetzgeber von einer starren, in einem Stundenplan festgehaltenen Arbeitszeit (3) ausgegangen ist, bei welcher sich bei einer Veränderung der Dauer auch zwangsläufig die Lage der Arbeitszeit verschiebt (4).

---

1) Dazu auch vorne § 1 A.

2) S. 75.

3) Im Gegensatz zur flexiblen und gleitenden Arbeitszeit.

4) Vgl. hinten III; zur Frage der Arbeitszeitgestaltung im deutschen Recht BOBROWSKI/GAUL, S. 203.

II. Ermittlung der normalen Arbeitszeit

1. Allgemein

Zunächst ist auf die einzelvertragliche Regelung der Arbeitszeit abzustellen. Es gilt dabei zu beachten, dass die individuelle, mit dem einzelnen Arbeitnehmer vereinbarte Arbeitszeit einer allenfalls davon abweichenden betrieblichen Arbeitszeit vorgeht; zu denken ist dabei insbesondere an die Verabredung von Hilfsarbeit (1) oder von Teilzeitarbeit (2).

Immer geprüft werden muss, ob zwischen den Parteien ein Gesamtarbeitsvertrag Anwendung findet. Die darin enthaltenen arbeitszeitlichen Bestimmungen haben als Mindestarbeitsbedingungen (3) immer dann Vorrang, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind als die einzelvertraglichen (4). Allenfalls kann ein Normalarbeitsvertrag als dispositives Recht weiterhelfen.

Sollte es an einer klaren einzel-, gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Arbeitszeitregelung fehlen, so muss das einzelne Arbeitsverhältnis "dahingehend untersucht werden, was sich die Parteien unter der normalen Arbeitszeit nach Umständen und Treu und Glauben vorgestellt haben". Das Gesetz verweist auf das "übliche Mass" (5). Die Betriebsarbeitszeit kann sich als die "übliche" herausstellen.

---

1) Zum Begriff vgl. vorne § 1 C V.

2) Vgl. hinten VI.

3) REHBINDER, S. 155.

4) Art. 357 OR (Prinzip der Unabdingbarkeit).

5) Gewerbegericht Zürich, ARV 1966, S. 37.

Fehlt es an einer betriebsüblichen Arbeitszeit, so ist auf die in der gleichen oder vergleichbaren Branche geltende (1) abzustellen. Die so ermittelte normale Arbeitszeit geht, sofern sie für den Arbeitnehmer günstiger ist, einer für das betreffende Arbeitsverhältnis anwendbaren öffentlichrechtlichen Arbeitszeitbestimmung vor (2).

Ebenfalls immer beachtet werden müssen die öffentlichrechtlichen Arbeitszeitvorschriften. Ueber sie hinaus kann keine normale Arbeitszeit gültig verabredet werden (3).

2. Vereinbarung eines Arbeitspensums

Eine Reihe dem Arbeitsgesetz nicht unterstellter Arbeitnehmer wie leitende Angestellte, Lehrer an Privatschulen, Wissenschaftler und Künstler (4) kennt in der Regel keine vertraglich näher bestimmte Arbeitszeit (5). Sie erhalten ein Arbeitspensum zugewiesen, welches sie in überwiegend freier Zeiteinteilung erledigen sollen.

Das Ueberstundenrecht des OR (Art. 321c OR) ist allerdings auf jede Arbeitszeitregelung anzuwenden. Jede Arbeit hat einen zeitlichen Umfang, mithin eine Arbeitszeit. Falls es an einer Abrede für die normale Arbeitszeit fehlen sollte, wird auf die "übliche" verwiesen.

---

1) Wie sie sich beispielsweise aus den GAV ergeben.

2) Vgl. hinten § 6; wie hier: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 1 zu Art. 321c OR; a.M.: BRUEHWILER, N. 1 zu Art. 321c OR.

3) Vgl. hinten § 6.

4) Näheres zu "höheren leitenden Angestellten" hinten VII.

5) Ebenso bezüglich leitender Angestellten REHBINDER, S. 41.

Haben die Parteien ein klar begrenztes Arbeitspensum festgelegt und dem Arbeitnehmer die Zeiteinteilung überlassen, so stellt sich die für die Erledigung benötigte Zeit als die normale Arbeitszeit heraus. "Unter dem Gesichtswinkel des 'üblichen Masses' wird nämlich der Zeitaufwand bei solchen Stellen zunächst als Normalarbeitszeit schlechthin aufgefasst" (1).

Ueberstundenarbeit bleibt folglich möglich, wenn die erbrachte Arbeitsleistung in zeitlicher Hinsicht den üblichen Rahmen, den sich die Parteien nach Umständen und Treu und Glauben bei Vertragsabschluss vorgestellt haben, sprengt. So hat ein Basler Gericht (2) festgehalten, "dass eine tägliche Arbeitszeitüberschreitung und vor allem eine Arbeitszeit von zuweilen bis zu 11 3/4 Stunden pro Tag" die an einen Disponenten zu stellenden Anforderungen übersteigen, auch wenn die Parteien vereinbart haben, dass der Arbeitnehmer eine "mögliche Mehrbelastung während der Einarbeitungszeit" zu tragen habe. Diese Mehrbelastung wurde mit einer Stunde täglich als angemessen erachtet, die darüber hinausgehende Arbeitszeit als Ueberstundenarbeit qualifiziert.

Eine andere Lösung hat das Arbeitsgericht Zürich (3) im Falle eines Verkaufsleiters gewählt, wo dieser "Arbeiten von einem erheblichen Ausmasse erbracht (hat), die im Stellenbeschrieb nicht erwähnt sind" (4). Das Gericht hat diese Arbeiten zuerst als Ueberstunden

---

1) Gewerbegericht Zürich, ARV 1966, S. 37.

2) BJM 1973, S. 185.

3) Unveröffentlichtes Urteil vom 20. Nov. 1978.

4) Ebd., S. 13.

qualifiziert: "Ueberstunden sind Mehraufwendungen, die den Rahmen der vereinbarten oder üblichen zeitlichen Beanspruchung des Arbeitnehmers bei der Ausübung seiner vertragsgemässen Tätigkeit sprengen" (1). Später will es die Ueberstunden nicht mehr beurteilen, weil eine Vergütung dafür vertraglich wegbedungen sei, und bezeichnet die den Rahmen sprengenden Arbeitsstunden als "Mehrleistungen" bzw. "zusätzliche Arbeitsstunden" (2). Als solche seien sie ohne Lohnzuschlag zu vergüten.

Diese Lösung ist aus mehreren Gründen untauglich. Erstens wird nicht beachtet, dass der unbestritten zwingende Abs. 1 des Art. 321c OR (3) als Ueberstundenarbeit diejenige Arbeit behandelt, die über den "zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich" ist, hinausgeht. Dass solche über die normale Arbeitszeit hinausgehende Arbeit, sei sie nun in Stunden oder durch den Umfang der im Stellenbeschrieb aufgelisteten Arbeiten bestimmt, geleistet worden ist, stellt das Gericht wiederholt klar (4). Zum zweiten hält es fest, dass die streitigen Arbeitsstunden nicht mehr vom Ausschluss der Entgeltlichkeit der Ueberstunden erfasst werden: "Eine solche Mehrarbeit, die nicht durch die schriftliche Vertragsklausel der Entschädigungslosigkeit erfasst wird, weil sie mit dem Vertragsinhalt nicht identisch ist, ist grundsätzlich zu vergüten" (5). Die richtige Konsequenz dieser Feststellung wäre doch, dass nun Art. 321c Abs. 3 OR zur Anwendung käme. Selbst dann, wenn man der Auffassung

---

1) Ebd., S. 11.

2) Ebd., S. 20.

3) Vgl. vorne § 3.

4) Unveröffentlichtes Urteil vom 20. Nov. 1978, S. 12/13.

5) Ebd., S. 13.

sein sollte, Abs. 3 des Art. 321c OR sei dispositiv, würde der vertragliche Ausschluss hier nicht mehr die in Frage stehenden Arbeitsstunden erfassen.

Das Urteil geht aber schon darum fehl, weil übersehen wird, dass die normale wöchentliche Arbeitszeit des Verkaufsleiters gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG. 45 Stunden beträgt. Das Gericht stellt ja fest, dass "von einer höheren oder nur mittleren Kaderstellung zu reden geradezu vermessen wäre" (1). Der Verkaufsleiter ist somit dem Arbeitsgesetz unterstellt. Die über die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit ist Ueberzeitarbeit im Sinne von Art. 12 ArG und als solche gemäss Art. 13 ArG abzugelten.

Es sei noch einmal festgehalten, dass für Arbeitsverhältnisse, die dem Arbeitsgesetz unterstellt sind (2), auf jeden Fall die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit die oberste Grenze der normalen Arbeitszeit darstellt. Die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen können nicht dadurch umgangen werden, dass anstelle einer Arbeitszeitabrede ein Arbeitspensum vereinbart wird. Für die Praxis bedeutet dies, dass die Verabredung eines Arbeitspensums ohne Arbeitszeitvereinbarung für Arbeitsverhältnisse, die dem Arbeitsgesetz unterstehen, nur dann zu empfehlen ist, wenn das Arbeitspensum die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit ohnehin nicht erreichen wird (z.B. bei Teilzeitarbeit).

---

1) S. 14.

2) Vgl. hinten § 6 B.

III. Ueberstunden bei starrer Arbeitszeit

Bei der starren (1) oder festen (2) Arbeitszeit wird durch einen Stundenplan festgehalten, wann der Arbeitnehmer zu arbeiten hat (zum Beispiel jede Woche von Montag bis Freitag von 7.30 bis 12.00 Uhr und von 13.00 bis 17.00 Uhr).

Jede ausserhalb dieser Arbeitszeiten geleistete Arbeit gilt als Ueberstundenarbeit, ausgenommen diejenige, die als Ausgleichsarbeit (3) zu qualifizieren ist. Schon die Verschiebung der Lage der Arbeitszeit als Ausnahme genügt für das Vorliegen von Ueberstundenarbeit.

Die Dauer der gesamten Arbeitszeit wird nur dann verlängert, wenn die geleistete Ueberstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen wird. Es ist daher bei der Beurteilung von Ueberstunden gar nicht notwendig, die Dauer der Arbeitszeit auf eine andere Zeitperiode zu beziehen, z.B. 45 Stunden in einer Woche.

IV. Ueberstunden bei flexibler Arbeitszeit

Bei flexibler Arbeitszeit darf der Arbeitnehmer in vorgegebenem Rahmen selbst Beginn, Dauer, Unterbrechung und Ende der Arbeitszeit bestimmen. "Je nach Modell muss bei einer flexiblen Arbeitszeit entweder an jedem Tag oder bloss innert einer längeren Zeitperiode die durch das Arbeitsverhältnis bestimmte Arbeitszeit geleistet werden" (4).

---

1) REHBINDER, S. 39.
2) WYLER, S. 4.
3) Vgl. vorne § 1 B.
4) WYLER, S. 5.

Ueberstunden liegen bei flexibler Arbeitszeit immer dann vor, wenn der Arbeitnehmer auf die vereinbarte Zeitperiode bezogen länger gearbeitet hat. Wird zum Beispiel vereinbart, der Arbeitnehmer müsse innert 14 Tagen 90 Stunden arbeiten, so ist jede über 90 Stunden hinausgehende Arbeit Ueberstundenarbeit.

Untersteht das Arbeitsverhältnis dem Arbeitsgesetz, so ist auch eine die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschreitende Arbeit Ueber**stunden**arbeit, da sie gleichzeitig auch Ueber**zeit**arbeit, allenfalls ausserordentliche Hilfsarbeit ist. Ausgenommen hievon ist die Ausgleichsarbeit und vertraglich vereinbarte, zur normalen Arbeit gehörende Hilfsarbeit.

Praktische Schwierigkeiten treten bei Arbeitsverhältnissen, die dem Arbeitsgesetz unterstehen, dann auf, wenn die zu leistende Arbeitszeit auf eine Zeitperiode von über einer Woche bezogen wird.

V. Ueberstunden bei gleitender Arbeitszeit

1. Begriff der gleitenden Arbeitszeit

Die gleitende Arbeitszeit ist eine Kombination der flexiblen und starren Arbeitszeit (1). Während einer "Blockzeit", z.B. zwischen 8.00 und 11.45 Uhr sowie zwischen 14.00 und 16.30 Uhr, hat sich der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz aufzuhalten. Während der "Gleitzeit", die vor oder nach der Blockzeit festgelegt ist, z.B. von 6.30 bis 8.00 Uhr, 11.45 bis 14.00 Uhr und von 16.30 bis 18.15 Uhr, kann der Arbeitnehmer frei bestimmen, wann er den Rest

---

1) WYLER, S. 5.

seiner Arbeitszeit erbringen will (1). Die von ihm zu erbringende Arbeitszeit wird "Sollzeit" genannt und wird heute meist auf einen Monat bezogen, z.B. 175 Stunden im Mai.

Die Arbeitsstunden, die der Arbeitnehmer am Ende der für die Sollzeit massgebenden Zeitperiode, z.B. Monat, über die Sollzeit hinaus geleistet hat, werden "positiver Gleitzeitsaldo" genannt, diejenigen, welche unter der Sollzeit liegen, werden "negativer Gleitzeitsaldo" genannt. Die Gleitzeitsalden werden auf die nächste Sollzeitperiode vorgetragen. "Das Gleitzeitkonto des Arbeitnehmers wird wie ein Kontokorrent laufend weitergeführt" (2).

Dadurch entsteht für den Arbeitnehmer eine von der "betrieblichen Sollzeit" abweichende "persönliche Sollzeit". Die betriebliche Sollzeit entspricht derjenigen Zeit, die der Arbeitnehmer arbeiten muss, will er seinen Gleitzeitsaldo auf das Ende der Sollzeitperiode auf null ausgleichen (3).

Durch eine Beschränkung des Gleitzeitsaldos, z.B. auf 15 Stunden pro Sollzeitperiode Monat, ergibt sich eine "Musszeit" nach unten und eine "Darfzeit" nach oben. Die Musszeit ist diejenige Zeit, die der Arbeitnehmer arbeiten muss, um nicht unter den maximalen negativen Gleitzeitsaldo (z.B. 15 Stunden) zu fallen. Die Darfzeit dagegen ist diejenige Zeit, welche der Arbeitnehmer höchstens arbeiten darf, wenn er den höchstzulässigen positiven Gleitzeitsaldo nicht überschreiten will (4).

---

1) Beispiel aus BACHER, S. 862.
2) WYLER, S. 7.
3) WYLER, S. 27-29.
4) WYLER, S. 29 u. 32.

2. Besondere Problematik

Der Arbeitnehmer erhält durch die gleitende Arbeitszeit "eine doppelte Wahlfreiheit" (1). Einerseits kann er die Lage, andererseits die Dauer der Arbeitszeit in beschränktem Rahmen wählen. Dadurch wird die Abgrenzung von Ueberstundenarbeit und Ausgleichsarbeit (2) besonders heikel. Die Abgrenzung ist im allgemeinen nur wesentlich, wenn die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit (3) und/oder die Zulässigkeit der Arbeitsleistung in Frage steht. Die Abgeltung der Ueberstunden erfolgt in der Regel durch Gutschrift auf dem Gleitzeitkonto des Arbeitnehmers; die Ueberstunden werden diesbezüglich also nicht von anderen Arbeitsstunden unterschieden.

Ueberstundenarbeit liegt bei der gleitenden Arbeitszeit grundsätzlich dann vor, wenn der Arbeitnehmer in seiner Wahlfreiheit vorübergehend durch die Interessen des Arbeitgebers an längerer Arbeitszeit oder besonderer Lage ausserhalb der Blockzeit eingeschränkt wird. Solange der Arbeitnehmer seine Wahlfreiheit im normalen Rahmen nutzen kann, liegt normale Arbeitszeit, allenfalls Ausgleichsarbeit vor.

Eindeutig mit Ueberstunden haben wir es zu tun, wenn der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers, meist auf Anordnung, ausserhalb der Block- und Gleitzeiten zur Arbeit herangezogen wird; folglich in der normalerweise arbeitsfreien Zeit arbeiten muss (4). Ebenso

---

1) NEF, S. 403.

2) Vgl. vorne § 1 B.

3) Vgl. vorne § 3 u. § 4.

4) WYLER, S. 78.

eindeutig gilt dies, wenn der Arbeitnehmer im Arbeitgeberinteresse über den höchstzulässigen positiven Gleitzeitsaldo hinaus arbeiten muss (1).

Aber auch in den Gleitzeiten kann Ueberstundenarbeit vorliegen, nämlich dann, wenn die betriebliche Sollzeit durch den Arbeitgeber vorübergehend erhöht wird, unabhängig von der persönlichen Sollzeit des Arbeitnehmers (2). Die Verrechnung der Ueberstunden mit einem negativen Gleitzeitsaldo hat auf das Vorliegen der Ueberstunden keinen Einfluss, sondern betrifft nur die Abgeltung (3). Der Arbeitnehmer kann auch nicht einzig aufgrund eines negativen Gleitzeitsaldos zur Ueberstundenarbeit herangezogen werden, solange der höchstzulässige negative Gleitzeitsaldo nicht erreicht ist.

Als Bezugsgrösse für die betriebliche Sollzeit schlägt WYLER (4) den Arbeitstag vor, auch wenn die betriebliche Sollzeit auf eine längere Abrechnungsperiode, z.B. Monat, bezogen ist (1). Sobald der Arbeitnehmer durch ausserordentliche Arbeitsstunden länger arbeiten muss als die tägliche betriebliche Sollzeit, liegt Ueberstundenarbeit vor. Als tägliche betriebliche Sollzeit gilt diejenige Zeit, welche ein Arbeitnehmer arbeiten müsste, wenn er die betriebliche Sollzeit, z.B. 175 Stunden in einem Monat mit 20 Arbeitstagen, auf die einzelnen Arbeitstage gleichmässig verteilen würde; in unserem Beispiel ergäbe die tägliche betriebliche Arbeitszeit 8 3/4 Stunden.

---

1) WYLER, S. 80.

2) Ebenso: WYLER, S. 89, und NEF, S. 412.

3) WYLER hält die Verrechnung für unzulässig, da eine nicht fällige Forderung gemäss Art. 120 Abs. 1 OR nicht verrechnet werden könne.

4) S. 84.

Es kann den Parteien nicht verwehrt werden, die betriebliche Sollzeit zur Feststellung von Ueberstunden auf eine längere Arbeitsperiode, z.B. Woche, zu beziehen. In unserem Beispiel ergäbe eine auf die Woche bezogene betriebliche Sollzeit 44 Stunden. Jede die 44 Stunden überschreitende, ausserordentliche Arbeitsstunde, die der Arbeitnehmer in den Gleitzeiten erbringt, wäre somit eine Ueberstunde (1). Welche Zeitperiode zur Bestimmung der Ueberstundenarbeit herangezogen werden muss, ergibt sich in der Regel aus vertraglichen Bestimmungen. Die meisten Gesamtarbeitsverträge beziehen sich ausdrücklich auf die Arbeitswoche, indem sie festhalten, dass Ueberstunden vorliegen, wenn die normale wöchentliche Arbeitszeit überschritten werde (2). Weniger häufig ist auch die tägliche Arbeitszeit als Grundlage für die Feststellung von Ueberstunden ausdrücklich erwähnt (3). WYLER (4) weist darauf hin, dass oft aufgrund einer betrieblichen Uebung nach dem Arbeitstag bemessen werde, obwohl im Arbeitsvertrag die Woche als Arbeitsperiode herangezogen worden sei.

Die Arbeitswoche als Bezugsgrösse für die betriebliche Sollzeit ist auch massgebend für die Bestimmung von Ueberzeitarbeit. Ueberzeitarbeit im Sinne von Art. 12 ArG liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer zu ausserordentlichen Arbeitsleistungen herangezogen wird, die zur Ueberschreitung der gesetzlichen wöchentlichen Höchstarbeits-

---

1) Im Ergebnis gleich: WYLER, S. 84.

2) Z.B. Art. 11 des GAV für die Basler Chemie; Art. 8 des GAV für das Schreinergewerbe; Art. 6 des GAV der schweizerischen Bekleidungsindustrie; Art. 5 des GAV für die Brauereien.

3) So z.B. in Art. 19.2 des GAV des schweizerischen Spenglerei- und sanitären Installationsgewerbes und in Art. 19.2 des GAV des schweizerischen Elektro-Installationsgewerbes.

4) S. 84.

zeit führen; unabhängig davon, ob dies in den Gleitzeiten oder ausserhalb der Gleit- und Blockzeiten erfolgt. Bei der Abgrenzung der Ueberzeitarbeit vom Ausgleich ausfallender Arbeitszeit im Sinne von Art. 11 ArG stösst man auf die bereits erwähnten Schwierigkeiten, wie sie auch im privatrechtlichen Bereich zwischen der Ueberstundenarbeit und der Ausgleichsarbeit (1) bestehen (2).

VI. Ueberstunden bei Teilzeitarbeit

Im Teilzeitarbeitsverhältnis liegt die normale Arbeitszeit wesentlich unter der betrieblichen (3). Da auf das Teilzeitarbeitsverhältnis die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts anzuwenden sind (Art. 319 Abs. 2 OR), gilt auch der Ueberstundenartikel 321c OR. Es bestehen also keine grundsätzlichen Besonderheiten.

Hervorgehoben sei, dass unter der normalen Arbeitszeit im Teilzeitarbeitsverhältnis die Teilzeit zu verstehen ist. Wird also für einen Arbeitnehmer eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden vereinbart, so beginnt für ihn die Ueberstundenarbeit bereits mit der 21. Stunde. Diese unbestrittene (4) Regelung findet ihre Rechtfertigung in den Motiven, die zur Aufnahme einer Teilzeitarbeit führen. "Motiv und Grund für den Abschluss eines Teilzeitarbeitsvertrages ist (...)

---

1) Im privatrechtlichen Sinne.

2) NEF hält die gesetzlichen Abgrenzungskriterien für den Bereich der gleitenden Arbeitszeit für unbrauchbar (S. 413).

3) BIGA, Teilzeitarbeit, S. 1; VON BUEREN, S. 7.

4) BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; BIGA, Teilzeitarbeit, S. 16; VON BUEREN, S. 22; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 4 zu Art. 321c OR; BONER, S. 84; SCHUERER, S. 47.

regelmässig die familiäre, gesundheitliche oder interessengebundene Situation des Arbeitswilligen" (1).

Auch der Teilzeitbeschäftigte soll einer über die vereinbarte Arbeitszeit hinausgehenden Inanspruchnahme entgegenhalten können, sie sei nicht notwendig, er vermöge sie nicht zu leisten oder sie sei nach Treu und Glauben nicht zumutbar (2). Ebenso soll auch er für die ausserordentliche Mehrbelastung mit Lohnzuschuss bzw. Freizeitausgleich wie die Vollzeitarbeitnehmer entschädigt werden. Dagegen wendet VON BUEREN ein, die geltende Regelung bevorzuge die Teilzeitarbeitnehmer ungerechtfertigt, wodurch eine unerwünschte Abwanderung von Vollzeitarbeitnehmern zur Teilzeitarbeit gefördert werde und überdies "das ohnehin meist schon gespannte Verhältnis der Teilzeitarbeiter zu den Vollzeitarbeitern endgültig verdorben" werde (3).

VII. Ueberstunden bei höheren leitenden Angestellten

1. Besondere Problematik

Die höheren leitenden Angestellten werden bezüglich der Ueberstunden Opfer verschiedener Missverständnisse. STREIFF (4) will ihnen eine

---

1) SCHLUETER, S. 114, der sich aus diesem Ansatz heraus vehement gegen die herrschende Lehre in der BRD wehrt, welche im Gegensatz zur schweizerischen Lehre und Praxis die Ueberstunden des Teilzeitbeschäftigten als Ueberschreiten der betrieblichen Arbeitszeit definiert. Zur herrschenden deutschen Lehre vgl. NIKISCH, S. 349.

2) Vgl. hinten § 4, insbesondere B. Die Motion NR Carobbio vom 5. Dez. 84, Nr. 84.584, verlangt dennoch eine Aenderung von Art. 321c OR in dem Sinne, "dass der Zuschlag von 25% auch bei Teilzeitarbeit bezahlt werden muss".

3) S. 22.

4) N. 5 zu Art. 321c OR.

Ueberstundenentschädigung grundsätzlich nicht zugestehen. Das Aargauer Obergericht stellt fest, dass "eine Ueberstundenentschädigung allgemein nicht üblich (ist), sofern nicht ausdrücklich vereinbart" (1). BRUEHWILER (2) und REHBINDER (3) wollen die Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit bei dieser Arbeitnehmerkategorie nicht nach dem Ueberstundenartikel (321c OR), sondern "nur" unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes (Art. 328 OR) behandelt wissen.

Aus der Tatsache, dass für höhere leitende Angestellte das Arbeitsgesetz nicht anwendbar ist - diese folglich keine gesetzliche Höchstarbeitszeit kennen und daher auch keine Ueberzeitarbeit denkbar ist -, schliesst die Arbeitgeber-Zeitung (4): "Dieser Grundsatz gilt nach der Praxis auch für die neuen Bestimmungen im OR über die Ueberstundenarbeit."

Zunächst kann festgehalten werden, dass bei denjenigen höheren leitenden Angestellten, für die eine Arbeitszeit vereinbart worden ist, Ueberstundenarbeit mit der Ueberschreitung dieser normalen Arbeitszeit vorliegt (5). Das Arbeitsvertragsrecht macht keinen Unterschied zwischen verschiedenen Kategorien von Arbeitnehmern.

---

1) JAR 1980, S. 126.

2) N. 2 zu Art. 321c OR.

3) S. 41.

4) 1974, S. 833. Unklar SCHOENENBERGER/STAEHELIN in N. 3 zu Art. 321c OR, wo lediglich davon gesprochen wird, dass bei dieser Kategorie von Arbeitnehmern eine erhöhte Arbeitszeit erwartet werden darf, jedoch keine Schlussfolgerung hinsichtlich der Ueberstundenarbeit gezogen wird.

5) Im Ergebnis gleich: BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR.

Bei höheren leitenden Angestellten wird die Arbeitszeit in der Regel nicht in Stunden fixiert (1). Anstelle der Arbeitszeitabrede tritt ein Arbeitspensum, welches der Arbeitnehmer in eigener, relativ freier Zeiteinteilung zu erledigen hat (2). Die Ermittlung des "üblichen" zeitlichen Umfangs der Arbeit, wie es beim Ermessen von Ueberstundenarbeit unabdingbare Grundlage ist, gestaltet sich hier besonders schwierig. Einerseits kennen die höheren leitenden Angestellten keine Höchstarbeitszeit, die mangels günstigerer vertraglicher Abrede oder Gewohnheit als normale Arbeitszeit herangezogen werden könnte, weil sie aus dem Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind (3). Andererseits wird von den höheren leitenden Angestellten eine grössere Arbeitsleistung erwartet als von ihren Untergebenen (4).

Diejenigen Arbeitsleistungen, die sich im zu erwartenden zeitlichen Rahmen halten, ergeben somit auch die normale Arbeitszeit. Die im Vergleich zu den Untergebenen grössere zeitliche Belastung qualifiziert sich nicht schon als Ueberstundenarbeit. Die Hilfsarbeit, die ein Arbeitnehmer, definitionsgemäss, zusätzlich zu seiner täglichen produktiven Arbeit dauernd übernimmt, ist auch normale Arbeitszeit, obwohl sie gegenüber derjenigen seiner Kollegen länger dauert. Dies wird offenbar verkannt, wenn das Obergericht des Kantons Aargau für die höheren leitenden Angestellten festhält: "Bei dieser Kategorie von Arbeitnehmern sind Ueberstunden verbunden mit den diesen

---

1) Ebenso: BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; REHBINDER, S. 41; SAZ 1974, S. 833.

2) Vgl. vorne II 2.

3) Art. 3 lit. d ArG.

4) BGE 86 II 156 = Pr. 49 Nr. 164; Gewerbegericht Zürich, ARV 1966, S. 37: "Würde bringt Bürde"; BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; VZH, S. 834; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 3 zu Art. 321c OR; WYSS, S. 114.

Arbeitnehmern übertragenen Problemen, die neben der zu erledigenden laufenden Arbeit gelöst werden müssen" (1). Die hier als "Ueberstunden" bezeichnete Zeit ist normale Arbeitszeit. Die Ueberstundenarbeit qualifiziert sich nicht dadurch, dass anstatt laufender Arbeit "übertragene Probleme" gelöst werden. Die Ueberstunden sind ausserordentliche, über das verabredete Mass hinausgehende Arbeitsstunden. Auch die vom Bundesgericht, allerdings noch unter Herrschaft des alten Art. 336 ORvRev vertretene Auffassung, wonach "ein höherer Angestellter, wie z.B. ein Direktor, im allgemeinen zur Leistung von Mehrarbeit gehalten ist, ohne Anspruch auf eine besondere Entschädigung zu haben" (2), beschlägt genau genommen gar nicht die Ueberstundenarbeit bzw. Mehrarbeit. Das Bundesgericht argumentiert anschliessend auch richtig: "Das setzt aber weiter voraus, dass die zusätzliche Leistung nicht den Rahmen dessen, was ein Dienstherr von einem höheren Angestellten normalerweise erwarten darf, weit übersteigt" (3). Was aber normalerweise erwartet werden darf, ist nicht ausserordentlich und somit nicht Ueberstundenarbeit, sondern normale Arbeitszeit.

Ueberstunden liegen folglich bei höheren leitenden Angestellten nur dann vor, wenn die erbrachte Arbeitsleistung den "üblichen" zeitlichen Umfang, wie er von einem höheren leitenden Angestellten eben einzukalkulieren ist, sprengt, sei es, dass das vereinbarte Arbeitspensum die nach Treu und Glauben zu erwartende Dauer übersteigt, sei es, dass andere als vereinbarte Tätigkeiten ausserordentlicherweise hinzu-

---

1) JAR 1980, S. 126.

2) BGE 86 II 156, zitiert nach Pr. 47 Nr. 164, S. 457/58, wo auch auf einen unveröffentlichten Entscheid vom 6. Dez. 1955 i.S. Wicky c. Banque de dépôts S.A. verwiesen wird.

3) Ebd. S. 458; ebenso: HUTTERLI, S. 52.

kommen (1). Gelingt es, solche Ueberstundenarbeit zu ermitteln, so ist sie wie jede andere Ueberstundenarbeit nach Art. 321c OR zu behandeln.

2. Höhere leitende Tätigkeiten

Der Begriff des höheren leitenden Angestellten entstammt dem Arbeitsgesetz. Diese Kategorie von Arbeitnehmern ist vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen (2). Sobald festgestellt wird, dass ein Arbeitnehmer nicht unter diese Kategorie fällt, ist die für ihn geltende wöchentliche Höchstarbeitszeit auch für die Bestimmung der Ueberzeitarbeit und somit Ueberstundenarbeit massgebend.

Die VO I umschreibt die höheren leitenden Tätigkeiten in Art. 7 wie folgt:

> "Eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3, Buchstabe c des Gesetzes übt aus, wer in einem Betrieb oder Betriebsteil über Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten verfügt und entsprechende Verantwortung trägt."

Das Bundesgericht (3) hat festgehalten, dass diese Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsschutzes eng auszulegen ist. Die beiden Merkmale der Entscheidungsbefugnis und der entsprechenden Verantwortung sind kumulativ (4). Hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis genügt

---

1) Ebenso im unveröffentlichten Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich vom 20. Nov. 1978. Vgl. vorne II 2.

2) Begründet wurde dies in der Botschaft ArG (S. 947) mit dem Hinweis, dass diese Kategorie nicht schutzbedürftig sei.

3) BGE 98 Ib 348.

4) ZWAHLEN/AUBERT in: HUG, N. 13 zu Art. 3 ArG; HUEBER, S. 37.

die blosse Berechtigung zur Antragstellung nicht (1).

In Frage kommen daher die zur Vertretung befugten Gesellschafter, die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft sowie Direktoren, Subdirektoren, Filialleiter, Bauführer wichtiger Baustellen, Chefärzte usw. Entscheidend sind die dem Arbeitnehmer zugestandene Entscheidungsbefugnis und auferlegte Verantwortung, nicht der ihm verliehene Titel (2). So ist für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte im Einzelfall abzuklären, ob sie tatsächlich über die vorausgesetzte Kompetenz und Verantwortung verfügen. Dagegen ist aus dem Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen, wer "Personal einstellen und entlassen, selbständig Dispositionen über An- und Verkauf von Rohstoffen und anderen Gütern mit entsprechender Verantwortung treffen kann" (3).

---

1) CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 7 VO I.

2) REHBINDER, ArG, N. 7 zu Art. 3 ArG; HUEBER, S. 37.

3) Im Ergebnis gleich: REHBINDER, ArG, N. 7 zu Art. 3 ArG; BIGLER, S. 34; ZWAHLEN/AUBERT in: HUG, N. 13 zu Art. 3 ArG.

VIII. Ueberstunden bei Kurzarbeit

Unter Kurzarbeit ist die vorübergehende Herabsetzung der normalen Arbeitszeit zu verstehen (1), welcher eine Vereinbarung zugrunde liegt (2). Einseitig kann der Arbeitgeber nicht Kurzarbeit anordnen, falls damit eine Lohnkürzung verbunden ist. Er würde dadurch in Annahmeverzug geraten (3). Dennoch wird sich der Arbeitnehmer in der Regel mit der einseitigen Anordnung einverstanden erklären müssen, um nicht seinen Arbeitsplatz zu verlieren (4).

Da es sich um eine vorübergehende Herabsetzung der Arbeitszeit handelt, bleibt die Vollarbeitszeit Ausgangspunkt der Ueberstundenarbeit; die Kurzarbeit wird nicht zur normalen Arbeitszeit (5). Dies entsprach auch der Regelung im Bereiche der inzwischen revidierten Arbeitslosenversicherung, welche festhielt, dass die verkürzte Arbeitszeit erst an die Stelle der normalen Arbeitszeit tritt, wenn die Kurzarbeit länger als ein Jahr dauert (6).

Dennoch ist es verfehlt, die Kurzarbeit als Gegenstück zur Ueberstundenarbeit zu bezeichnen (7). Die Ueberstundenarbeit unterliegt dem Direktionsrecht (8); die Kurzarbeit setzt aber eine vertragliche Vereinbarung voraus.

---

1) HEUSS-LUEDIN, S. 38; BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; REHBINDER, S. 41.

2) HEUSS-LUEDIN, S. 71; REHBINDER, S. 41.

3) HEUSS-LUEDIN, S. 48; REHBINDER, S. 59.

4) REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 11 ArG.

5) Im Ergebnis gleich: BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 321c OR; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 5 zu Art. 321c OR.

6) Art. 27 VO über die Arbeitslosenversicherung vom 14. März 1977; in der neuen Gesetzgebung fehlt eine ensprechende Bestimmung, da die Kurzarbeitsentschädigung neu geregelt wurde.

7) So HEUSS-LUEDIN, S. 39.

8) Art. 321d Abs. 2 OR.

D. BEWEISLAST

Prozessual trifft den Arbeitnehmer die Beweislast dafür, dass er die Ueberstundenarbeit tatsächlich geleistet hat (1). Allerdings ist nicht jede einzelne Stunde konkret nachzuweisen, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer regelmässig weit über die normale Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. Es ist dann die Zahl der Ueberstunden in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (2).

Im weiteren hat er zu beweisen, dass sie im Arbeitgeberinteresse gelegen hat (3). Das Arbeitgeberinteresse umschreiben die Gerichte jeweilen mit den Formeln "angeordnet oder gebilligt" (4) oder "angeordnet oder geschäftsnotwendig" (5).

Die Gerichte schwächen auch durch besonders strenge Anforderungen an den Beweis die Stellung des Arbeitnehmers, wenn dieser nachträglich nichtangeordnete oder genehmigte Ueberstunden geltend machen will. So hat das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt in mehreren Entscheiden (6) festgehalten, dass strenge Anforderungen an den Beweis für solche Ueberstunden gestellt werden müssten, weil dem Arbeitgeber die Nachkontrolle über Dauer und Notwendigkeit ungebührlich erschwert würde, wenn die Ueberstunden nicht jeweils

---

1) Vgl. Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, JAR 1984, S. 99.

2) Arbeitsgericht Zürich, JAR 1981, S. 233; bestätigt im Urteil vom 18.12.1981, zitiert bei MUELLER in KUHN/KOLLER, Teil 6, Kap. 4 A 1.

3) Vgl. vorne § 2 A.

4) Z.B. Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 320.

5) Z.B. Gewerbegericht Zürich, ARV 1966, S. 36.

6) Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt 1961, S. 4.

am folgenden Zahltag geltend gemacht würden. Das Zürcher Arbeitsgericht (1) stellt fest, dass ein Kaderangestellter, dem es freisteht, wie er seine Arbeitszeit einteilt, nicht nach Jahr und Tag den Arbeitgeber mit nicht mehr kontrollierbaren Ueberstundenforderungen überraschen dürfe.

Die Gerichte übersehen, dass sie zu prüfen haben, ob der Nachweis der Leistung und des Arbeitgeberinteresses gegeben ist oder nicht. Wenn sie zur Auffassung gelangen, die Ueberstunden seien für den Arbeitgeber nicht mehr kontrollierbar, trifft dies meist auch für das Gericht zu, der Nachweis ist somit nicht erbracht. Die Einführung eines "Einwandes der verspäteten Geltendmachung" verletzt die Pflicht des Richters, "die Beweise nach freiem Ermessen" zu würdigen (Art. 343 OR). Der dem Arbeitnehmer durch die Unverzichtbarkeit nach Art. 341 Abs. 1 OR gewährte erhöhte Schutz darf ihm, so das Bundesgericht (2), nicht auf dem Umweg einer ausgedehnten Auslegung von Art. 2 ZGB wieder entzogen werden. Darauf läuft aber die erwähnte Praxis der Gerichte hinaus (3).

Die Gerichte scheinen zudem die Voraussetzungen und die Geltendmachung von Ueberstundenarbeit zu vermengen. Wenn ein Arbeitnehmer über längere Zeit ohne Wissen des Arbeitgebers über seine normale Arbeitszeit hinaus aktiv wird, kann er sich nicht mehr gutgläubig darauf berufen, der Arbeitgeber hätte die zusätzliche Arbeit angeordnet, wenn er dazu Gelegenheit gehabt hätte. Der Arbeitnehmer hätte den Willen des Arbeitgebers durch eine Meldung erfahren können. Diese Meldepflicht betrifft aber nur die Fortsetzung nichtangeordneter, nicht aber die Geltendmachung bereits gutgläubig geleisteter Ueberstundenarbeit.

---

1) JAR 1981, S. 232.

2) BGE 105 II 42.

3) Näheres zur Frage des Verzichts s. hinten § 11 B.

Den Arbeitgeber trifft die Beweislast für eine allfällige Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer länger, als es im schriftlichen Vertrag festgehalten ist, zu arbeiten hat. Will er also geltend machen, es liege nicht die behauptete Ueberstundenarbeit, sondern eine nachträgliche (ausdrückliche oder stillschweigende) vertragliche Heraufsetzung der normalen Arbeitszeit vor, so hat er dies zu beweisen (1).

Behauptet der Arbeitgeber, dass die über die normale Arbeitszeit hinausgehende Arbeit nicht Ueberstundenarbeit sei, sondern Ausgleichsarbeit für sogenannte "Fehlstunden", so hat er dies "substantiiert darzutun, um ein Beweisverfahren hierüber zu ermöglichen" (2). Es obliegt auch dem Arbeitgeber, allenfalls nachzuweisen, dass die Ueberstundenarbeit durch Freizeit von gleicher Dauer oder durch Lohnzuschlag bereits abgegolten ist.

Bestehen Zweifel über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes in der Frage, ob die Ueberstundenarbeit also auch, eventuell teilweise, Ueberzeitarbeit ist, so kann nach Art. 41 Abs. 3 ArG die für den Vollzug zuständige kantonale Behörde um einen Entscheid ersucht werden.

---

1) Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1973, S. 185/186; BGE 86 II 156 = PR. 49, Nr. 164.

2) Gewerbegericht Zürich, Separatdruck 1969/70, S. 4 = ZR 70 (1971) Nr. 48.

2. K A P I T E L
PFLICHT DES ARBEITNEHMERS ZUR LEISTUNG VON UEBERSTUNDENARBEIT

§ 3 GRUNDLAGE UND RECHTSNATUR DER PFLICHT

A. ALLGEMEINES

Wird "die Leistung von Ueberstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer" gemäss Art. 321c Abs. 1 OR "dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann". Die im Gesetz umschriebene Pflicht des Arbeitnehmers ist der Ausgangspunkt der privatrechtlichen Regelung der Ueberstundenarbeit. So ist sie denn auch unter den "Pflichten des Arbeitnehmers" (1) zu finden. Die frühere Regelung (Art. 336 ORvRev) war noch unter den Pflichten des Arbeitgebers eingereiht; ihr Ausgangspunkt war die Zahlung des Lohnzuschusses (2).

Das Recht des Arbeitgebers, notwendige Ueberstundenarbeit anordnen zu dürfen, ist Teil seines Direktionsrechts. Die Pflicht des Arbeitnehmers, der Anordnung Folge zu leisten, bedeutet eine Konkretisierung seiner allgemeinen Treuepflicht (3). Daraus ergibt sich, dass der Arbeitnehmer, selbst ohne Wissen und Willen des Arbeitgebers, zur Leistung von Ueberstundenarbeit verpflichtet ist, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers notwendig ist (4); denn die Treuepflicht kann den Arbeitnehmer auch zu posi-

---

1) Art. 321 bis 321e OR.
2) VISCHER, S. 344, Anm. 13.
3) VISCHER, S. 344; RAAFLAUB, S. 32.
4) S. vorne § 2 A II.

tivem Handeln zwingen (1). Die Treuepflicht wirkt sich hier in einer Erweiterung der Arbeitspflicht aus.

Nach unbestrittener Auffassung ergibt sich die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit nur aus dem Arbeitsvertragsrecht (2). Sie ist also rein privatrechtlich. Das öffentliche Recht, insbesondere Art. 12 und 13 ArG, gibt Auskunft darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ein Ueberschreiten der öffentlichrechtlichen Höchstarbeitszeit zulässig ist. Art. 12 ArG regelt nur die Voraussetzungen, unter denen Ueber**zeit**arbeit geleistet werden **darf**. Folglich gibt es keine Pflicht zur Leistung von Ueber**zeit**arbeit, lediglich eine Pflicht zur Leistung von Ueber**stunden**arbeit; letztere kann selbstverständlich gleichzeitig auch Ueber**zeit**arbeit sein.

Aus der öffentlichrechtlichen Ueberzeitregelung lässt sich auch keine Vermutung ableiten, der Arbeitnehmer sei bei Vorliegen der in Art. 12 ArG genannten Gründe zur Leistung der Ueberzeitarbeit verpflichtet (3).

---

1) REHBINDER, S. 47.

2) HOLZER in: HUG, N. 1 zu Art. 12 ArG; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG.

3) Botschaft ArG, S. 972; WYLER, S. 111.

B. MITSPRACHE- UND MITBESTIMMUNGSRECHTE DES ARBEITNEHMERS

Die privatrechtliche Regelung der Ueberstundenarbeit sieht keinerlei Mitsprache- oder Mitbestimmungsrechte des Arbeitnehmers vor. Der Arbeitnehmer hat demzufolge der Anordnung des Arbeitgebers in den festgelegten Schranken Folge zu leisten. Das Recht auf Anordnung von Ueberstundenarbeit gehört nämlich zum Direktionsrecht des Arbeitgebers. Ein Einverständnis des Arbeitnehmers ist demnach nicht erforderlich.

Das öffentlichrechtliche Arbeitsschutzrecht sieht dagegen für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer ein Mitsprache- bzw. Mitbestimmungsrecht vor.

Soweit es sich bei der Ueber**stunden**arbeit gleichzeitig um Ueber**zeit**arbeit (1) oder um den Ausgleich ausfallender Arbeitszeit (2) handelt, sieht das Arbeitsgesetz ein Mitspracherecht des Arbeitnehmers vor. Der Arbeitgeber hat nach Art. 48 ArG "den beteiligten Arbeitnehmern oder gegebenenfalls deren Vertretung im Betriebe Gelegenheit zur Meinungsäusserung zu geben und diese nach Möglichkeit zu berücksichtigen " (3).

Ein Mitbestimmungsrecht sieht das Arbeitsgesetz für die ihm unterstellten Arbeitnehmer auch vor, soweit diese zu vorübergehender Nacht- oder Sonntagsarbeit herangezogen werden sollen (4). Weibliche

---

1) Dazu vorne § 1 C IV.

2) Dazu vorne § 1 C III.

3) Im Ergebnis gleich: REHBINDER, ArG, N. 5 zu Art. 12 ArG.

4) Art. 17 Abs. 1 ArG betr. vorübergehende Nachtarbeit; Art. 19 Abs. 1 betr. vorübergehende Sonntagsarbeit.

Arbeitnehmer, die einen Haushalt besorgen, dürfen ebenfalls nur mit ihrem Einverständnis zur Ueberzeitarbeit herangezogen werden (1).

---

1) Art. 36 Abs. 2 ArG.

C. ZWINGENDER GEHALT DER PFLICHT

I. Allgemeine Bedeutung

Die Regelung der Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit in Abs. 1 von Art. 321c OR ist absolut zwingend (Art. 361 OR). Sie kann folglich vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt oder erweitert werden.

Damit werden in erster Linie die Interessen des Arbeitgebers geschützt. Dieser kann nicht im voraus auf die allfällige Anordnung von Ueberstunden verzichten oder sie beschränken (1). "Unbenommen ist dem Arbeitgeber, auf Ueberstundenarbeit im Bedarfsfalle zu verzichten" (2).

Die zwingende Ausgestaltung bewirkt aber auch einen Schutz des Arbeitnehmers, "nämlich insofern, als seine Verpflichtung zur Leistung von Ueberstundenarbeit gewissen sachlichen - und damit auch zeitlichen - Beschränkungen unterliegt" (2). So wäre eine generelle Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Zahl von Ueberstunden ohne Berücksichtigung der Beschränkungen durch das Erfordernis der Notwendigkeit, der Leistungsfähigkeit und der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben unzulässig.

DAXELHOFFER sieht in den Beschränkungen der Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit "einen echten Ausgleich der vom Gesetzgeber als unbedingt schützenswert erachteten Interessen der

---

1) Zum Beispiel durch Fixierung einer zulässigen Stundenzahl auf eine bestimmte Zeitperiode bezogen.

2) DAXELHOFFER, S. 55.

Parteien" (1). Es wird noch zu zeigen sein, dass der Gesetzgeber den "echten Ausgleich" der Interessen nicht (nur) mit der Beschränkung der Pflicht, sondern vor allem mit der Entschädigung mit Lohnzuschlag, soweit nicht durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird, als schützenswert erachtet hat (2).

II. Auswirkung auf Gesamtarbeitsverträge

Die absolut zwingende Ausgestaltung der Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit verhindert eine wirksamere Reglementierung der Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit in Gesamtarbeitsverträgen (3). Ein radikales Ueberstundenverbot in einem GAV wäre unzulässig (4).

Der allgemeinen Tendenz zur Herabsetzung der Arbeitszeit (5) kann durch erhöhte Zahl von Ueberstunden entgegengewirkt werden. "Seit Beginn der Rezession hat die Ueberstunden- und Samstagarbeit aussergewöhnlich zugenommen. (...) Die Betriebe begründen die übermässige Zunahme der Ueberstundenarbeit mit Terminschwierigkeiten", erklärte Nationalrat ZEHNDER in einer Motion zur Revision des Ueberstundenartikels (6).

Durch den zwingenden Charakter der Pflicht des Arbeitnehmers werden GAV-Bestimmungen, wonach die Ueberstundenarbeit möglichst

---

1) S. 55.

2) Dazu hinten § 10 A V.

3) Ebenfalls kritisiert von BERENSTEIN, S. 359.

4) SCHWEINGRUBER, N. 2 zu Art. 321c OR.

5) Vgl. Sonderheft Nr. 96 der "Volkswirtschaft": Lohnsätze und Arbeitszeiten in Gesamtarbeitsverträgen, 1981-1983.

6) Motion NR Zehnder vom 14. Juni 1978, Nr. 78.412.

zu vermeiden sei (1), zu Absichtserklärungen. Die Beschränkung auf maximal 25 Stunden im Monat und 150 Stunden im Jahr (2) bleibt ebenfalls blosse Absichtserklärung und ist für die Arbeitgeberseite nicht absolut verbindlich. Nach richtiger Auffassung im Kurzkommentar CANNER/SCHOOP (3) beeinflussen solche Bestimmungen die Beurteilung der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben (4).

Mit der Einordnung der Pflicht unter die relativ zwingenden Bestimmungen (Art. 362 OR) wäre der verbindlichen Regelung der Pflicht in Gesamtarbeitsverträgen die Türe geöffnet.

---

1) GAV der Schweiz. Papierindustrie, Art. 7; GAV für die Basler Chemie, Art. 11.

2) L-GAV des Gastgewerbes, Art. 52 Abs. 2.

3) N. 2 zu Art. 53 VO I.

4) Dazu § 4 B. (Ebenso haben sie Einfluss auf die Bewilligungspraxis: Vgl. hinten § 6 D II 2 c.)

§ 4 VORAUSSETZUNG UND SCHRANKEN DER PFLICHT

A. NOTWENDIGKEIT

Die Pflicht des Arbeitnehmers, Ueberstundenarbeit zu leisten, setzt gemäss Art. 321c Abs. 1 OR deren Notwendigkeit voraus. Dies bedeutet einerseits, dass Ueberstundenarbeit, die nicht notwendig ist, vom Arbeitnehmer nicht geleistet werden muss, andererseits, dass der Arbeitnehmer von sich aus Ueberstunden machen muss, wenn er deren Notwendigkeit erkennt (1).

Ordnet der Arbeitgeber Ueberstundenarbeit an, so ist der Arbeitnehmer nur verpflichtet, diese zu leisten, wenn sie objektiv notwendig ist. Der Arbeitgeber hat bei Meinungsverschiedenheit die Notwendigkeit darzutun (2). Wird die Ueberstundenarbeit angeordnet, erweist sie sich jedoch als nicht objektiv notwendig, so muss der Arbeitnehmer der Anordnung keine Folge leisten; er darf dies aber selbstverständlich. Zu weit geht BRUEHWILER, wenn er Ueberstundenarbeit bereits dann als notwendig betrachtet, "wenn sie von einem Vorgesetzten angeordnet wird" (3).

Ueberstundenarbeit ist nur dann notwendig, wenn ein betriebliches Bedürfnis (4) besteht. Es gilt zu beachten, dass die Ueberstundenarbeit "den Ausnahmefall bildet und nur bei nicht vorausgesehener oder vorübergehend erhöhter Betriebsintensität verlangt werden sollte. Bei Dauerzuständen darf dem Arbeitgeber die Einstellung

---

1) Vgl. vorne § 2 A II.
2) SCHWEINGRUBER, N. 2 zu Art. 321c OR.
3) N. 1 zu Art. 321c OR.
4) BRUEHWILER, N. 3 zu Art. 321c OR.

von Hilfskräften zugemutet werden, sofern dies für den Betrieb nicht von vornherein als untragbar erscheint" (1).

Als nicht vorausgesehene Gründe fallen vor allem durch Krankheit, Unfall oder ähnliche Umstände verursachte Personallücken in Betracht, die in diesem Ausmass nicht zu erwarten sind, sowie Notfälle, durch Betriebsstörungen verursachte Arbeitsrückstände und ähnliche Umstände.

Als notwendig betrachtet werden voraussehbare, aber vorübergehende Ueberstunden, wie sie bei Inventur (2), Rechnungsabschlüssen, Liquidationsarbeiten, saisonbedingtem Geschäftsandrang (3) wie Weihnachtsgeschäft (4), Ausverkauf (5) oder Fasnacht (6) vorkommen.

---

1) RAAFLAUB, S. 34; ebenso: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 7 zu Art. 321c OR.

2) SCHWEINGRUBER, N. 2 zu Art. 321c OR.

3) REHBINDER, S. 40.

4) SCHWEINGRUBER, N. 2 zu Art. 321c OR.

5) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 7 zu Art. 321c OR.

6) Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, BJM 1974, S. 255.

B. ZUMUTBARKEIT NACH TREU UND GLAUBEN

Art. 321c OR verpflichtet den Arbeitnehmer nur soweit zur Leistung von Ueberstundenarbeit, als "sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann".

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben ist auf die Intensität der Notwendigkeit der Ueberstunden Rücksicht zu nehmen. Je notwendiger die Ueberstundenarbeit für den Arbeitgeber, um so eher kann sie dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zugemutet werden.

Nur die Abwägung der beidseitigen Interessen kann zu einem vernünftigen Ergebnis führen (1). Die Standpunkte sollen durch Aussprache bereinigt werden (2). Nach SCHWEINGRUBER soll weder diktiert noch die Anordnung von Ueberstunden rundweg zurückgewiesen werden (3). Die fehlende publizierte Gerichtspraxis lässt schliessen, dass darüber selten gestritten wird.

Wichtige persönliche und familiäre Gründe kann der Arbeitnehmer der Anordnung von Ueberstunden wohl immer entgegenhalten. So kann zum Beispiel eine berufstätige Mutter einwenden, dass sie ihr Kind unmittelbar nach Arbeitsschluss im Kindergarten abholen muss (4). Ebenso können schlechte Verkehrsbedingungen durchaus

---

1) GEISER, S. 280.
2) BRUEHWILER, N. 6 zu Art. 321c OR.
3) N. 2 zu Art. 321c OR.
4) BRUEHWILER, N. 6 zu Art. 321c OR.

die Leistung der Ueberstunden als unzumutbar erscheinen lassen (1). Die einmalige Versäumnis eines Weiterbildungskurses kann dem Arbeitnehmer wohl zugemutet werden, wenn es sich nicht gerade um eine wichtige Veranstaltung handelt (2) und wenn die Arbeit nicht anderweitig erledigt werden kann. Ganz allgemein kann der Arbeitnehmer jene Gründe vorbringen, die ihn ohnehin zu einer kurzfristigen Arbeitsbefreiung berechtigen würden (3). So bei Familienereignissen wie Heirat, Geburten oder Todesfällen, bei Wohnungswechsel, Verkehr mit Behörden, Krankenbesuchen naher Angehöriger und ähnlichem (4).

Frühzeitig angekündigte oder voraussehbare periodische Ueberstunden können vom Arbeitnehmer auch entsprechend eingeplant werden; die Weigerung würde gegen Treu und Glauben verstossen (5). Nur noch ganz gewichtige Gründe seitens des Arbeitnehmers könnten die Leistung als unzumutbar erscheinen lassen.

Unzumutbar ist Ueberstundenarbeit, die vom Arbeitgeber durch bessere Arbeitseinteilung oder durch Beizug von Hilfskräften vermieden werden könnte (6). So wurde in einem Fall (7) entschieden,

---

1) SCHWEINGRUBER, N. 2 zu Art. 321c OR; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 9 zu Art. 321c OR.; SCHUHMACHER/STAUFFER/THUER, S. 34; a.M.: BRUEHWILER, N. 6 zu Art. 321c OR.

2) HASLINGER, S. 51.

3) Art. 329 Abs. 3 OR.

4) Im Ergebnis gleich: BRUEHWILER, N. 2 zu Art. 329 OR; REHBINDER, S. 71; SCHWEINGRUBER, N. 5 zu Art. 329 OR; GEISER, S. 281.

5) REHBINDER, S. 40.

6) Botschaft OR, S. 305; REHBINDER, S. 40; GEISER, S. 281.

7) Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 285/86.

es liege keine grobe Pflichtverletzung vor, wenn eine als Serviertochter beschäftigte Arbeitnehmerin die Ueberstundenarbeit an einem sonst arbeitsfreien Samstag verweigert, zu der sie bereits zum dritten Male aufgeboten wird, um anderen Mitarbeitern einen freien Samstag zu ermöglichen. Interessant in diesem Falle ist die Klausel im Arbeitsvertrag, wonach für die betreffende Arbeitnehmerin der Samstag und Sonntag arbeitsfrei seien und dass ein Einsatz am Samstag nur bei Bedarf in Frage käme. Die Klausel rechtfertige, so das Gericht, ein Abweichen vom vereinbarten Arbeitseinsatz während längerer Zeit nicht, wenn dies durch eine zweckmässige Personaldisposition vermieden werden könne.

Der Arbeitnehmer hat darauf zu achten, dass er seine Einwendungen gegen die Anordnung von Ueberstundenarbeit möglichst frühzeitig erhebt. Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat im oben dargestellten Falle hervorgehoben, die Verweigerung der Ueberstundenarbeit sei gerechtfertigt, da sie nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden könne, zumal die Serviertochter "nicht erst am Vortag, sondern bereits Anfang der fraglichen Woche auf ihre Ortsabwesenheit vom Samstag hingewiesen hatte" (1).

Unzumutbar sind auch krasse Verletzungen von in Gesamtarbeitsverträgen statuierten Beschränkungen. Dem Arbeitnehmer kann nicht zugemutet werden, die von seiner Arbeitnehmerorganisation ausgehandelten Verträge ohne Not zu verletzen (2). Ebensowenig kann ihm nach Treu und Glauben Ueberstundenarbeit ohne entsprechende Gegenleistung zugemutet werden. Verweigert der Arbeit-

---

1) Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1976, S. 285/86.

2) Zur Verbindlichkeit solcher GAV-Bestimmungen s. vorne § 3 C II.

geber im voraus eine Abgeltung durch Freizeit oder Lohn (1), so muss auch die Pflicht zur Leistung der Ueberstundenarbeit entfallen.

Im Teilzeitarbeitsverhältnis dürfte die Ablehnung der Ueberstundenarbeit wohl häufiger gerechtfertigt sein als bei einem Normalarbeitsverhältnis (2). Wenn sich eine Person für eine verkürzte Arbeitszeit entscheidet, wird sie dafür auch irgendwelche beachtenswerte Gründe haben (3). Erfahrungsgemäss entscheiden sich für eine Teilzeitarbeit vor allem verheiratete Frauen, Personen in Ausbildung, ältere Arbeitnehmer, Pensionierte, Behinderte und neuerlich junge Paare, die sich in Erwerbstätigkeit und Haushaltführung teilen (4).

---

1) Zur Abgeltung hinten 4. Kapitel.

2) VON BUEREN, S. 21; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 9 zu Art. 321c OR; BONER, S. 86.

3) VON BUEREN, S. 21.

4) BIGA, Teilzeitarbeit, S. 12 u. 13.

C. LEISTUNGSFAEHIGKEIT

Art. 321c Abs. 1 OR schränkt die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von notwendiger Ueberstundenarbeit ausdrücklich ein, indem der Arbeitnehmer nur soweit verpflichtet ist, "als er sie zu leisten vermag". Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, Ueberstundenarbeit zu übernehmen, wenn diese seine Kräfte übersteigt oder wenn er sie sonstwie aus gesundheitlichen Gründen nicht zu bewältigen vermag (1).

Die Pflicht, Ueberstundenarbeit zu leisten, findet also eine absolute Schranke an der psychischen und physischen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (2). Diese Schranke wäre aber auch dann zu beachten, wenn sie nicht ausdrücklich im Ueberstundenartikel verankert wäre. Sie ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz von Art. 27 und 28 ZGB, welcher in Art. 328 OR für das gesamte Arbeitsvertragsrecht konkretisiert wird (3). Art. 321c OR wiederholt also lediglich die Schranke für den speziellen Bereich der Ueberstundenarbeit, weil gerade durch diese eine Gefahr der Ueberbeanspruchung des Arbeitnehmers besteht.

Dem Arbeitnehmer wird es im konkreten Fall ein leichtes sein, die mangelnde Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Nötigenfalls kann er sie durch ein ärztliches Zeugnis belegen.

---

1) Botschaft OR, S. 305; BRUEHWILER, N. 5 zu Art. 321c OR; REHBINDER, S. 40.

2) RAAFLAUB, S. 34; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 8 zu Art. 321c OR.

3) REHBINDER, S. 67.

D. SCHRANKEN AUS DEM PERSOENLICHKEITSSCHUTZ

Die allgemeine Schranke des Persönlichkeitsschutzes, wonach der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen hat (Art. 328 OR), muss selbstverständlich auch im Zusammenhang mit Ueberstundenarbeit beachtet werden. Die Schranken der Leistungsfähigkeit und der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben sind denn auch als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes zu betrachten. Einige spezifische Konkretisierungen des Persönlichkeitsschutzes erfordern noch besondere Erläuterung.

I. Freizeit

Jeder Arbeitnehmer hat privatrechtlich Anspruch auf einen freien Tag jede Woche, in der Regel den Sonntag (Art. 329 Abs. 1 OR) (1). Mit Zustimmung des Arbeitnehmers können statt eines freien Tages mehrere freie Tage zusammenhängend oder zwei freie Halbtage eingeräumt werden (Art. 329 Abs. 2 OR). Dieser Anspruch des Arbeitnehmers kann nur erweitert, nicht aber eingeengt werden (Art. 362 OR).

Für die Ueberstundenarbeit bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer solche nicht zu leisten hat, wenn dadurch sein Anspruch auf einen freien Tag jede Woche verlorenginge. Hat also zum Beispiel ein Arbeitnehmer bereits während sechs Tagen gearbeitet, so kann er Ueberstundenarbeit am siebten Tag verweigern, ebenso wenn er an einem Ersatzfreitag zu Ueberstundenarbeit herangezogen werden sollte. Die Verweigerung kann auch mit dem Hinweis auf Unzumutbarkeit (2), gegebenenfalls fehlende Leistungsfähigkeit begründet werden.

---

1) Zur öffentlichrechtlichen Freizeitregelung vgl. hinten § 6 E.

2) Sie ist in solchen Fällen zu vermuten.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf kurzfristige Arbeitsbefreiungen aus Art. 329 Abs. 3 OR ist im Rahmen der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben mit der Notwendigkeit der Ueberstundenarbeit abzuwägen. Wenn dem Arbeitnehmer zugemutet werden kann, seine an sich berechtigte Kurzabsenz zu einem anderen Zeitpunkt zu beziehen, hat die Ueberstundenarbeit Vorrang, insbesondere wenn letztere besonders dringend ist.

II. Ferien

Die Ueberstundenarbeit darf nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer sein Ferienanspruch (Art. 329a OR) vereitelt wird. Da der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien, unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers, ohnehin weitgehend selber bestimmen kann (Art. 329c Abs. 2 OR), wird es wohl aus der Ueberstundenarbeit keine Kollisionen geben. Der Arbeitnehmer könnte gegebenenfalls mit dem Hinweis, durch die Ueberstundenarbeit würde sein Ferienanspruch verkürzt, die Anordnung des Arbeitgebers zurückweisen.

E. ZULAESSIGKEIT DER UEBERSTUNDENARBEIT

Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Ueberstundenarbeit findet eine weitere Grenze in den öffentlichrechtlichten Vorschriften. "Wer Ueberstunden verweigert, die zu fordern dem Arbeitgeber öffentlichrechtlich verboten ist, hat keine Sanktionen zu gewärtigen" (1). Art. 342 OR behält die Vorschriften des öffentlichen Rechts ausdrücklich vor.

Die Leistung verbotener oder bewilligungspflichtiger, aber nicht bewilligter Ueberzeitarbeit bzw. Ueberstundenarbeit darf vom Arbeitgeber nicht verlangt werden (2).

Zur Zulässigkeit der Ueberstundenarbeit s. 3. Kapitel.

---

1) STREIFF, N. 3 zu Art. 321c OR; ebenso SCHERRER, S. 45; WEBER, S. 90.

2) Botschaft OR, S. 305; VOEGELI, S. 7; NEF, S. 406.

§ 5 FOLGEN DER VERWEIGERUNG DURCH DEN ARBEITNEHMER

Verweigert der Arbeitnehmer die Leistung von Ueberstundenarbeit zu Recht, so hat er grundsätzlich keine direkten Folgen zu tragen. Allerdings riskiert der Arbeitnehmer in solchen Fällen, ordentlich gekündigt zu werden (1). Andererseits erwachsen ihm daraus auch keine Ansprüche gegen den Arbeitgeber.

Verweigert dagegen der Arbeitnehmer zu Unrecht die Leistung notwendiger, nach Treu und Glauben zumutbarer, seine Leistungsfähigkeit nicht übersteigender und öffentlichrechtlich zulässiger Ueberstundenarbeit, so liegt eine Pflichtverletzung vor (2). Der Arbeitnehmer verletzt seine Arbeits- und Treuepflicht. Als Sanktionen kommen in Frage: ordentliche Entlassung, fristlose Entlassung und Schadenersatz (3).

---

1) In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine solche Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sei.

2) WEBER, S. 90.

3) Der Arbeitnehmer, der sich unberechtigt weigert, Ueberstunden zu leisten, und deswegen entlassen wird, hat im weiteren mit einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung gegenüber der Arbeitslosenkasse wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit zu rechnen (Eidg. Versicherungsgericht, JAR 1983, S. 83).

A. ORDENTLICHE ENTLASSUNG

Da die ordentliche Entlassung nach Art. 336 OR ohne jeden Grund erfolgen kann, kommt selbstverständlich auch eine ordentliche Entlassung wegen Verweigerung der Ueberstundenarbeit, sei diese berechtigt oder unberechtigt, in Frage.

Die Angst vor solcher Entlassung mag auch der Grund dafür sein, dass Fälle der Verweigerung in der Gerichtspraxis selten behandelt werden. Daneben spielen natürlich auch die mit der Leistung von Ueberstundenarbeit verbundene Möglichkeit der Einkommensvergrösserung und die Möglichkeit, durch Kompensation mit Freizeit zu zusammenhängenden Freitagen zu kommen, eine wesentliche Rolle, ebenso das Interesse an einem guten Verhältnis zum Arbeitgeber und allenfalls die Aussichten auf Beförderung (1). Dennoch darf die Angst vor Entlassung gerade in Zeiten der Rezession nicht unterschätzt werden.

---

1) BGE 87 II 186 = Pr. 49 Nr. 16.

B. FRISTLOSE ENTLASSUNG

Nach unbestrittener Auffassung stellt die beharrliche Verweigerung von Ueberstundenarbeit, die zu leisten der Arbeitnehmer verpflichtet ist, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung nach Art. 337 OR dar (1).

So erschien die fristlose Entlassung einer Buffettochter als gerechtfertigt, die sich dem für die Fasnachtszeit aufgestellten Einsatzplan nicht unterzog, obschon sie erkennen konnte, dass sie dringend benötigt wurde (2).

Die fristlose Entlassung als schärfste Sanktion des Arbeitsrechts komme, so das Zürcher Arbeitsgericht, nicht in Frage, wenn eine halbtagsweise beschäftigte kaufmännische Angestellte, die schon oft für Ueberstundenarbeit herangezogen worden ist, sich ausnahmsweise und erstmals weigert, die erneute Leistung von Ueberstundenarbeit zu übernehmen. Es liege "darin kein hinreichend wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung, der es für die Arbeitgeberin als geradezu unzumutbar hätte erscheinen lassen, die Angestellte bis zum Ablauf der ordentlichen einmonatigen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen" (3).

---

1) BRUEHWILER, N. 4 zu Art. 321c OR und Vorbemerkungen zu Art. 321a OR; DECURTINS, S. 19; STREIFF, N. 2 zu Art. 321c OR.

2) Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, BJM 1974, S. 255 = DECURTINS, S. 96 (Fall 67).

3) DECURTINS, S. 92 (Fall 63).

C. SCHADENERSATZ

Es ist dem Arbeitgeber unbenommen, aus der unberechtigten Verweigerung des Arbeitnehmers Schadenersatz geltend zu machen. Dazu hat er den entstandenen Schaden und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Dieser Nachweis wäre erst dann erbracht, wenn feststeht, dass der Arbeitgeber "nicht ohne Nachteil" einen anderen Arbeitnehmer mit der Leistung der Ueberstundenarbeit hätte betrauen können (1).

Dem Arbeitnehmer steht der Beweis offen, dass ihn keinerlei Verschulden trifft (Art. 97 OR) (2).

---

1) Analog zur Regelung bei Nichtantreten bzw. fristlosem Verlassen der Arbeitsstelle bei REHBINDER, S. 53.

2) So die herrschende Lehre, vgl. BECKER, N. 12 zu Art. 328 OR, REHBINDER, S. 48, KELLER, S. 343; BRUEHWILER, Vorbemerkungen zu Art. 321e; a.M. VISCHER, S. 360 und MEIER, S. 54, die eine Beweislast des Arbeitgebers annehmen.

3. KAPITEL
ZULAESSIGKEIT DER UEBERSTUNDENARBEIT

§ 6 ARBEITSSCHUTZRECHT

A. VORBEMERKUNGEN

Die öffentlichrechtlichen Vorschriften zur Begrenzung der Arbeitszeit schränken auch die Ueberstundenarbeit ein. Sie finden sich in mehreren Erlassen (1). Die folgenden Ausführungen streifen nur die wichtigsten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen über die Arbeits- und Ruhezeit. Des weiteren werden nur die allgemeinen Regelungen - unter Ausschluss der bewilligungspflichtigen Ausnahmen - aufgezeigt. Auch muss auf die detaillierte Darstellung der für einzelne Branchen und Personengruppen in verwirrendem Ausmass zu findenden Sonderregelungen verzichtet werden. Um dem Suchenden wenigstens eine Marschrichtung durch das Gestrüpp der unzumutbar kasuistisch aufgebauten Gesetzesbestimmungen (2) geben zu können, wird jeweils auf die einschlägigen Artikel verwiesen.

Im übrigen sei auf den Kurzkommentar von REHBINDER verwiesen (3).

---

1) Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 ArG; Chauffeurverordnung vom 6. Mai 1981; Arbeitszeitgesetz (über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs) vom 8. Okt. 1971; Bundesgesetz über die Heimarbeit vom 20. März 1981.

2) Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von BONNY, S. 303.

3) Aeltere Literatur: BIGLER, CANNER/SCHOOP, HINDERMANN, HUG; für spezielle Probleme der gleitenden Arbeitszeit: WYLER.

B. GELTUNGSBEREICH DES ARBEITSGESETZES

Es gilt zu beachten, dass nicht alle Arbeitsverhältnisse dem Arbeitsgesetz unterstellt sind. Diesem unterstehen zurzeit etwa 250'000 Betriebe mit 1,6 Millionen Arbeitnehmern (1).

Der Geltungsbereich wird in persönlicher und betrieblicher Hinsicht in den Art. 1 bis 4 ArG eingeschränkt. In betrieblicher Hinsicht nicht in den Geltungsbereich fallen im wesentlichen die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden (2), die Landwirtschaft (3), die Fischerei (4), die privaten Haushalte (5), die öffentlichen Verkehrsbetriebe (6) sowie die reinen Familienbetriebe, soweit es nur Familienmitglieder betrifft (7).

In persönlicher Hinsicht gilt das Arbeitsgesetz grundsätzlich für alle Arbeitnehmer, die in einem ihm unterstellten Betrieb tätig sind; ausgenommen sind Geistliche (8), Arbeitnehmer mit höherer leitenden (9), wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit (10), Assistenzärzte, Lehrer an Privatschulen, Lehrer, Fürsorger, Erzieher

---

1) REHBINDER, S. 119.

2) Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG.

3) Art. 2 Abs. 1 lit. d ArG.

4) Art. 2 Abs. 1 lit. f ArG.

5) Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG.

6) Art. 2 Abs. 1 lit. b ArG; für diese gilt das Arbeitszeitgesetz vom 8. Okt. 1971.

7) Art. 4 ArG.

8) Art. 3 lit. a ArG.

9) Art. 3 lit. d ArG; vgl. auch vorne § 2 C VII.

10) Art. 3 lit. d ArG.

und Aufseher in Anstalten (1) sowie Handelsreisende (2) und Chauffeure (3).

---

1) Art. 3 lit. e ArG.

2) Art. 3 lit. g ArG.

3) Art. 1 Chauffeurverordnung.

C. WOECHENTLICHE HOECHSTARBEITSZEIT

1. Allgemeines

Die öffentlichrechtliche wöchentliche Höchstarbeitszeit ist uns bereits im Zusammenhang mit den begrifflichen Unterscheidungen von Ueber**stunden**arbeit, Ueber**zeit**arbeit, Ausgleich ausfallender Arbeitszeit und Hilfsarbeit begegnet (1). Hier interessiert die wöchentliche Höchstarbeitszeit unter dem Gesichtswinkel der Zulässigkeit der Arbeit in zeitlicher Hinsicht, wovon selbstverständlich auch die Ueberstundenarbeit betroffen ist.

Der Arbeitnehmer darf grundsätzlich nicht über die gesetzlich festgelegte wöchentliche Höchstarbeitszeit hinaus beschäftigt werden. Normale Arbeitszeit kann gar nicht gültig darüber hinaus vereinbart werden. Solche Vereinbarungen sind nichtig im Sinne von Art. 20 OR; die festgelegte Arbeitszeit muss auf das erlaubte Mass reduziert werden (2). Ausnahmen davon sind die Ueberschreitungen der gesetzlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit durch den Ausgleich ausfallender Arbeitszeit (auch Vorhol- oder Nachholzeit genannt) und durch die Hilfsarbeit (3).

Wiederum zu beachten gilt, dass die Betrachtung der Arbeitszeit aus privatrechtlicher und aus öffentlichrechtlicher Sicht Differenzen ergibt (4).

---

1) Vorne § 1 C.
2) Art. 20 Abs. 2 OR.
3) Näheres hinten D.
4) Dazu vorne § 2 B I.

II. Dauer der wöchentlichen Höchstarbeitszeit

1. Generell

Der Gesetzgeber konnte sich nicht dazu durchringen, für alle Arbeitnehmer eine einheitliche wöchentliche Höchstarbeitszeit festzulegen. Nebst zahlreichen Sonderregelungen (1) werden die Arbeitnehmer in zwei Kategorien eingeteilt (2).

Für die Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels (3), legt das Arbeitsgesetz die wöchentliche Höchstarbeitszeit auf 45 Stunden fest (4).

Für alle übrigen Arbeitnehmer gelten 50 Stunden wöchentlich als Höchstarbeitszeit (5).

Werden Arbeitnehmer beider Kategorien im selben Betrieb oder Betriebsteil zusammen beschäftigt, so gilt die höhere Höchstarbeitszeit für beide Kategorien (6).

---

1) Dazu hinten 3.

2) Kritik dazu: REHBINDER, ArG, N. 5 zu Art. 9 ArG.

3) Als solche sind "Betriebe, die im gleichen Gebäude oder benachbarten Gebäuden insgesamt mehr als 50 Arbeitnehmer, einschliesslich Kassenpersonal, im Detailverkauf beschäftigen" (Art. 33 VO I) zu verstehen.

4) Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG i.V.m. Art. 1 VO zum ArG über die Herabsetzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit für einzelne Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmern vom 26. Nov. 1975.

5) Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG.

6) Art. 9 Abs. 5 ArG; Ausnahmen davon gelten für alle mit Sonderregelungen bedachten Betriebe ausser Apotheken und Coiffeurbetriebe, vgl. Liste hinten 3.

2. Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit

Die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 Abs. 3 ArG ist scharf von den Durchbrechungen der Höchstarbeitszeit durch den Ausgleich ausfallender Arbeitszeit, Ueberzeitarbeit, Hilfsarbeit und Zusammenlegen freier Halbtage zu unterscheiden. Durch die Verlängerung der generellen wöchentlichen Höchstarbeitszeit wird eine neue, längere Höchstarbeitszeit für die betroffenen Betriebe und Arbeitnehmer bestimmt. Von der verlängerten Höchstarbeitszeit ist denn auch bei der Bestimmung der Durchbrechungen auszugehen. Gilt also zum Beispiel für einen Betrieb die verlängerte Höchstarbeitszeit von 52 Stunden wöchentlich, so beginnt erst bei Ueberschreitung dieser 52 Stunden eine Durchbrechung.

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit kann durch vertragliche Vereinbarung ohne behördliche Bewilligung verlängert werden, wenn die generelle im Durchschnitt eingehalten wird (1) und wenn nicht wegen Nacht-, Schicht- oder Sonntagsarbeit oder ununterbrochenen Betriebs nach einem bewilligungspflichtigen Stundenplan gearbeitet wird (2). Die Gründe, welche eine Verlängerung mit Ausgleich zulassen, sind in Art. 37 VO I aufgelistet.

Im weiteren kann mit Bewilligung des BIGA eine Arbeitszeit mit Ueberschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ohne Ausgleich festgesetzt werden (3).

---

1) Art. 9 Abs. 3 ArG.

2) Art. 37 Abs. 2 VO I.

3) Art. 9 Abs. 4 ArG i.V.m. Art. 38 VO I.

3. Sonderregelungen

Für zahlreiche nichtindustrielle Betriebe sind zum Teil massive Abweichungen von der generellen wöchentlichen Höchstarbeitszeit und von den Verlängerungsmöglichkeiten vorgesehen. Die Abweichungen stützen sich auf Art. 27 ArG und sind in der VO II ohne erkennbare Systematik aufgelistet.

Von den Abweichungen bezüglich der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sind folgende Betriebe betroffen (die Zahlen in den Klammern verweisen auf die betreffenden Artikel der VO II):

- Krankenanstalten (1)
- Heime und Internate (7,8)
- Arzt- und Zahnarztpraxen (13,14)
- Apotheken (19,20)
- Gastbetriebe (ohne Unterhaltungsmusiker) (23,25)
- Tankstellen, Garagierungspersonal (45,46)
- Betriebe mit Pferden (52, 53)
- Milchhandelsbetriebe (78,79)
- Früchte- und Gemüsehandelsbetriebe (86,86)
- Weinhandelsbetriebe mit Keltereien (103,104)
- Gartenbaubetriebe (109,110)
- Hoch- und Tiefbaubetriebe, Steinbrüche in abgelegenen Gegenden und Berggebieten (123,124)
- Zirkusbetriebe (153,154)
- Schaustellungsbetriebe (159,160)
- Bewachungsbetriebe (164,165)
- Ueberwachungspersonal (171,172)
- Coiffeurbetriebe, soweit sie nicht in Bahnhöfen oder Flughäfen integriert sind (182,183).

III. Berechnung der Höchstarbeitszeit bei Arbeitsverhältnissen mit mehreren Arbeitgebern

Hat ein Arbeitnehmer mit mehreren Arbeitgebern Arbeitsverhältnisse (Nebenbeschäftigung), so stellt sich die Frage, wie die wöchentliche Höchstarbeitszeit für ihn zu berechnen ist.

Betätigt sich der Arbeitnehmer ausschliesslich in Betrieben, die dem Arbeitsgesetz unterstellt sind, so gilt für ihn die höchste der für diese bestimmten Höchstarbeitszeiten. Wenn also zum Beispiel ein Arbeitnehmer hauptberuflich in einem Betrieb mit der gesetzlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden während 40 Stunden wöchentlich arbeitet, so darf er nebenberuflich in einem Betrieb mit Höchstarbeitszeit von 50 Stunden noch während maximal 10 Stunden beschäftigt werden (1).

Arbeitet der Arbeitnehmer aber haupt- oder nebenberuflich in einem Betrieb, der dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt ist, so darf er beliebig lang beschäftigt werden. "Es könnte also ein Bauarbeiter nebenbei auf einem Bauernhof beliebig lange arbeiten, wie es einem Arbeitnehmer nicht verwehrt ist, zusätzlich zu seiner Arbeit in einem Betrieb während unbeschränkter Zeit Arbeiten im Sinne eines Werkvertrages oder Auftrages auszuführen oder gar selbst als Arbeitgeber aufzutreten" (2).

---

1) Stellungnahme des BIGA in ARV 1974, S. 3.

2) Ebd., S. 4.

D. DURCHBRECHUNGEN DER WOECHENTLICHEN HOECHSTARBEITSZEIT

I. Ausgleich ausfallender Arbeitszeit

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit darf zum Ausgleich ausfallender Arbeitszeit (1) überschritten werden. Der Ausgleich muss allerdings innerhalb eines Jahres vor oder nach dem Ausfall erfolgen (2) und darf nicht länger als zwei Stunden täglich dauern. Diese Limite von zwei Stunden täglich ist mit Einschluss von allfälliger Ueberzeitarbeit zu berechnen (3). Dies bedeutet, dass die Ueberschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit maximal zwei Stunden täglich betragen darf, sei es als Ausgleich ausfallender Arbeitszeit oder Ueberzeitarbeit oder beides zusammen; denn auch für die Ueberzeitarbeit gilt die Limite von täglich zwei Stunden (4). Davon ausgenommen sind arbeitsfreie Tage und Halbtage (5).

Der Ausgleich der ausfallenden Arbeitszeit hat im Rahmen der zulässigen täglichen Arbeitszeiten zu erfolgen (6). Es müssen folglich die Grenzen der Tagesarbeit (7) und die Vorschriften über die Mindestruhezeiten (8) eingehalten werden (9).

---

1) Zum Begriff vgl. vorne § 1 C III.
2) Art. 39 VO I (Aenderung vom 21. Dez. 1977).
3) Art. 11 ArG.
4) S. hinten II 1.
5) Art. 11 ArG.
6) Art. 39 Abs. 2 VO I.
7) S. hinten E I.
8) S. hinten E II.
9) HOLZER in: HUG, N. 9 zu Art. 11 ArG; REHBINDER, ArG, N. 3 zu Art. 11 ArG.

II. Ueberzeitarbeit

Die Schranken der Ueberzeitarbeit sind enger gezogen als die des Ausgleichs ausfallender Arbeitszeit, denn durch die Ueberzeitarbeit wird, soweit nicht durch Freizeit ausgeglichen, die Dauer der Arbeitszeit verlängert (1).

1. Tägliche Höchstgrenze der Ueberzeitarbeit

Die Ueberzeitarbeit darf für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden täglich nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen (2). Als Notfälle kommt wohl ausschliesslich die durch "Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen" verursachte Ueberzeitarbeit in Betracht (3). Allerdings bereitet die Abgrenzung zur allgemeinen Voraussetzung der Ueberzeitarbeit erhebliche Schwierigkeiten, denn diese ist ja ohnehin nur soweit zulässig, als dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehrungen zugemutet werden können (4), in Notfällen also.

Die Ueberzeitarbeit darf im Unterschied zum Ausgleich ausfallender Arbeitszeit nur an völlig arbeitsfreien Werktagen mehr als zwei Stunden überschreiten (5). In der Regel wird dies der freie Samstag

---

1) Zu Begriff und Voraussetzungen vgl. vorne § 1 C IV u. § 3 B.

2) Art. 12 Abs. 2 ArG.

3) REHBINDER, ArG, N. 2 zu Art. 12 ArG.

4) Diese Einschränkung gilt, so REHBINDER, ArG, "entgegen dem klaren Wortlaut für alle drei Voraussetzungen zulässiger Ueberzeitarbeit; denn es handelt sich hier ersichtlich um schlampige Gesetzgebungsarbeit" (N. 1 zu Art. 12 ArG).

5) REHBINDER, ArG, N. 2 zu Art. 12 ArG.

sein. Möglich ist auch, dass durch das Zusammenlegen zweier freier Halbtage ein ganzer freier Werktag resultiert. Würde an einem solchen Tag Ueberzeitarbeit geleistet, so müsste der oder die freien Halbtage nachgewährt werden (1).

Die Zweistundengrenze versteht sich mit Einschluss des Ausgleichs ausfallender Arbeitszeit. Wenn also zum Beispiel ein Arbeitnehmer bereits täglich eine halbe Stunde Arbeitszeit vorholt, damit er zwischen Feiertagen (Weihnachten-Neujahr etc.) frei bekommt, so bleibt lediglich noch Raum für 1 1/2 Stunden Ueberzeitarbeit.

2. Jährliche Höchstzahl der Ueberzeitarbeitsstunden

a) bei wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 45 Stunden

Für die Kategorie der Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, wurde auf den 1. Januar 1976 die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 46 auf 45 Stunden herabgesetzt (2). Mit der Herabsetzung auf 45 Stunden wurde die jährliche Höchstzahl von Ueberzeitarbeitsstunden neu auf 260 Stunden (vorher 220) festgelegt. Von diesen 260 Stunden können deren 90 (vorher 60) ohne behördliche Bewilligung angeordnet werden (3).

---

1) HOLZER in HUG, N. 8 zu Art. 12 ArG.

2) VO zum ArG über die Herabsetzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit für einzelne Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmern vom 26. Nov. 1975.

3) Vgl. Kreisschreiben des BIGA vom 23. Dez. 1975 in: ARV 1976, S. 2. Art. 9 Abs. 4 ArG.

b) bei wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 50 Stunden

Für alle nicht unter a) aufgeführten Arbeitnehmer und nicht unter die Sonderregelungen fallenden Arbeitnehmergruppen (1) gilt eine jährliche Höchstzahl von 220 Ueberzeitarbeitsstunden, davon dürfen deren 60 ohne behördliche Bewilligung geleistet werden (2).

c) Bewilligungspflichtige Ueberzeitarbeit

Bis zu 90 Stunden Ueberzeitarbeit im Falle der Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden und 60 Stunden im Falle der Arbeitnehmer mit einer solchen von 50 Stunden kann pro Kalenderjahr ohne behördliche Bewilligung geleistet werden. Es sind dabei die in Art. 12 Abs. 1 ArG vorgesehenen Voraussetzungen zu erfüllen (3).

Soll mehr als 90 bzw. 60 Stunden Ueberzeitarbeit pro Kalenderjahr gearbeitet werden, so braucht es dazu eine Bewilligung der kantonalen Behörde. Das Gesuch hat die in Art. 52 Abs. 1 VO I vorgeschriebenen Angaben zu enthalten und muss begründet werden (4).

Hohe Anforderungen an den Nachweis der Gesuchsgründe stellen die Bewilligungsbehörden in der Praxis offenbar kaum. So ist beispielsweise im Formular "Gesuch um Bewilligung für Ueberzeitarbeit" des Zürcher Arbeitsinspektorates für die Begründung weniger Platz ausgespart als für die Adresse des Gesuchstellers. Er reicht knapp zur Abschrift

---

1) Dazu hinten d).

2) Art. 9 Abs. 2 und 3 ArG.

3) S. vorne § 1 C IV (Schluss) u. § 3 B IV.

4) Art. 52 Abs. 2 VO I.

eines der in Art. 12 Abs. 1 ArG vorausgesetzten Gründe. Von Begründung kann daher kaum die Rede sein. Es wird auch zugegeben, dass sich die Behörden aus Zeitmangel die Ueberprüfung ersparen und sich darauf verlassen, dass die Arbeitgeber schon wegen des Lohnzuschlags (1) "nicht ohne Not" Ueberzeitarbeit anordnen würden (2). Damit erweisen sich die Beschränkungen der Ueberzeitarbeit durch die im Gesetz aufgelisteten Gründe in der Praxis als wirkungslos (3).

d) Sonderregelungen für bestimmte Betriebe

Die tägliche Höchstdauer von zwei Ueberzeitarbeitsstunden und die jährliche Höchstzahl von 220 bzw. 260 Stunden gelten für eine grosse Zahl von Betrieben nicht.

Betroffen von Sonderregelungen sind gestützt auf Art. 27 ArG folgende Betriebe (die Zahlen in den Klammern verweisen auf die einschlägigen Artikel in der VO II):

- Krankenanstalten (4)
- Heime und Internate (7,10)
- Arzt- und Zahnarztpraxen (13,15)
- Gastbetriebe einschliesslich Unterhaltungsmusiker (23,27,34,36)
- Bodenpersonal der Luftfahrt (56,58)
- Konservenfabriken (93,95)
- Mostereien (98,99)
- Weinhandelsbetriebe mit Keltereien (103,105)
- Forstbetriebe (112,113)

---

1) S. hinten § 10.

2) HOLZER in: HUG, N. 15 zu Art. 12 ArG.

3) REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG.

- Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke (116,117)
- Radio- und Fernsehbetriebe (130,132)
- Berufstheater (135,138,142,145)
- Zirkusbetriebe (153,156)
- Bewachungsbetriebe (164,167)
- Ueberwachungspersonal (171,174).

e) Sonderbestimmungen für Jugendliche und Schwangere

Jugendliche bis zum vollendeten 16. Altersjahr sowie Schwangere dürfen überhaupt keine Ueberzeitarbeit leisten (1). Jugendliche von mehr als 16 Jahren dürfen nur soweit zu Ueberzeitarbeit herangezogen werden, als die maximale Dauer der täglichen Arbeitszeit von 9 Stunden nicht überschritten wird (2).

3. Verbot der Ueberzeitarbeit in der Nacht und an Sonntagen

Die Ueberzeitarbeit hat innerhalb der Grenzen der Tagesarbeit (3) zu liegen (4). Ausserhalb dieser Grenzen beginnt die Nacht. Daraus ergibt sich das Verbot der Ueberzeitarbeit in der Nacht (5). Die Ueberzeitarbeit ist zudem an Sonntagen und Ruhetagen als Ersatz für Sonntage (6) untersagt (7).

---

1) Art. 31 Abs. 3 ArG (Jugendliche), Art. 35 Abs. 1 ArG (Schwangere).

2) Art. 31 Abs. 1 ArG.

3) Vgl. hinten E I.

4) Art. 40 Abs. 1 VO I; AMBERG, S. 5.

5) Im Ergebnis gleich: HOLZER in: HUG, N. 18 zu Art. 12 ArG; REHBINDER, ArG, N. 4 zu Art. 13 ArG; AMBERG, S. 5.

6) Vgl. hinten E II 3.

7) Art. 40 Abs. 1 VO I.

Auch hievon gibt es Sonderregelungen, wonach eben doch und erst noch ohne Bewilligungspflicht in der Nacht und an Sonntagen nicht nur gearbeitet, sondern auch Ueberzeitarbeit geleistet werden darf. Dies gilt für folgende Betriebe und Arbeitnehmer (die Zahlen in den Klammern verweisen auf die entsprechenden Artikel der VO. II):

- Krankenanstalten (4)
- Störungsdienst der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke (117)
- Bodenpersonal der Luftfahrt (58).

III. Hilfsarbeit

1. Tägliche Begrenzung

Die arbeitsschutzrechtliche Bestimmung zur Hilfsarbeit schreibt vor, dass die Hilfsarbeit (1) möglichst zu beschränken ist und für den einzelnen Arbeitnehmer im Tag, abgesehen von arbeitsfreien Tagen und Halbtagen, nur ausnahmsweise mehr als zwei Stunden betragen darf (2). Die Folge dieser Begrenzung ist, dass jede die Dauer von täglich zwei Stunden überschreitende Hilfsarbeit gleichzeitig auch als Ueberstundenarbeit zu qualifizieren ist (3). Denn was Ausnahme ist, kann nicht normale Arbeitszeit sein.

2. Hilfsarbeit an Sonntagen und in der Nacht

Grundsätzlich darf Hilfsarbeit nur werktags und in den Grenzen der täglichen Arbeitszeit (4), also nicht in der Nacht geleistet werden.

---

1) Zum Begriff und den Voraussetzungen: Vorne § 1 C V.
2) Art. 14 Abs. 3 ArG.
3) Vgl. vorne § 1 C V 2.
4) Dazu hinten E I.

Für eine Reihe von Tätigkeiten dürfen männliche Erwachsene ohne behördliche Bewilligung Hilfsarbeit an Sonntagen und in der Nacht verrichten. Die in der Nacht oder an Sonntagen geleistete Hilfsarbeit wird dadurch nicht zur Nacht- oder Sonntagsarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes (1).

Unzulässig an Sonntagen und in der Nacht sind folgende Hilfsarbeiten:

- das tägliche Reinigen der Arbeitsräume und das Wegschaffen von Abfällen (2) und
- das Beladen und Entladen von Fahrzeugen und Transporteinrichtungen, die dem Transport vom oder zum Betrieb dienen (3).

Alle anderen Hilfsarbeiten (4) sind an Sonntagen und in der Nacht zugelassen, wenn es zwingende Gründe rechtfertigen (5). Der einzelne Arbeitnehmer darf aber an mehreren aufeinanderfolgenden Sonntagen innert vier Wochen nur an zwei Sonntagen Hilfsarbeit verrichten (6).

3. Sonderregelungen für einzelne Betriebe

Für das Bodenpersonal der Luftfahrt (7) und das Ueberwachungspersonal (8) ist überhaupt keine Hilfsarbeit zugelassen.

---

1) HOLZER in: HUG, N. 12 zu Art. 14 ArG; REHBINDER, ArG, N. 3 zu Art. 14 ArG.

2) Art. 14 Abs. 2 lit. b ArG und Art. 41 Abs. 2 VO I.

3) Art. 41 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 VO I.

4) Aufgelistet vorne § 1 C V 1.

5) Art. 41 Abs. 2 VO I.

6) Art. 41 Abs. 3 VO I.

7) Art. 56 VO II.

8) Art. 171 VO II.

Für die Arbeitnehmer im Gastgewerbe gilt insofern eine Ausnahme, als die Hilfsarbeit in die erhöhte Höchstarbeitszeit einbezogen ist (1). Es kann daher nur dann noch Hilfsarbeit in Form von Ueberstundenarbeit verlangt werden, wenn die normale Arbeitszeit tiefer liegt als die gesetzliche Höchstarbeitszeit, die zwischen 51 und 60 Stunden je nach Berufsgattung angesetzt ist.

Weitere Sonderregelungen bestehen nicht.

4. Sonderbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer

Jugendliche von mehr als 16 Jahren und weibliche Arbeitnehmer dürfen nur an Werktagen und innerhalb der Grenzen der Tagesarbeit zu Hilfsarbeiten herangezogen werden (2).

Jugendliche unter 16 Jahren dürfen überhaupt nicht (3) und weibliche Arbeitnehmer, die einen Haushalt mit Familienangehörigen besorgen, nur in nichtindustriellen Betrieben zu Hilfsarbeiten herangezogen werden (4).

---

1) Art. 25 VO II.
2) Art. 63 VO I (Jugendliche), Art. 69 VO I (weibliche Arbeitnehmer).
3) Art. 31 Abs. 3 ArG.
4) Art. 36 ArG.

E. BESCHRAENKUNGEN DURCH DIE LAGE DER ARBEITSZEIT

I. Grenzen der Tages- und Nachtarbeit

1. Allgemeines

Die Zulässigkeit der Ueberstundenarbeit wird dadurch eingeschränkt, als in bestimmten Zeiten die Arbeit überhaupt untersagt ist.

Die Grenzen der Tagesarbeit liegen im Sommer zwischen 5 und 20 Uhr, im Winter zwischen 6 und 20 Uhr. Arbeitnehmer in industriellen Betrieben haben die Arbeit an Samstagen und vor öffentlichen Ruhetagen um 17 Uhr zu beenden (1). Die übrige Zeit gilt grundsätzlich als Nacht, wo normalerweise zu arbeiten verboten ist (2).

Die Behörden können einerseits ein Verschieben der Grenzen der Tagesarbeit bewilligen (3), wodurch die Nacht später beginnt oder früher endet (4), andererseits auch Nachtarbeit, Schichtarbeit oder sogar ununterbrochenen Betrieb bewilligen (5).

Es ist folglich möglich, dass in einem Betrieb die Arbeitnehmer zwischen 20 und 22 Uhr Tagesarbeit verrichten (6), während zur gleichen Zeit in einem anderen Betrieb Nachtarbeit geleistet wird.

---

1) Art. 10 Abs. 1 ArG; vgl. BIGA, ARV 1974, S. 45.
2) Art. 16 ArG.
3) Art. 10 Abs. 2 ArG.
4) Art. 16 Abs. 2 ArG; REHBINDER, ArG, N. 3 zu Art. 10 ArG.
5) Art. 17 ArG (Nachtarbeit); Art. 23 und 24 ArG (Schichtarabeit); Art. 25 ArG (ununterbrochener Betrieb).
6) Art. 10 Abs. 3 ArG.

Die "Nachtarbeiter" erhalten einen Lohnzuschlag, die "Tagesarbeiter" dagegen nicht; dies mit behördlicher Bewilligung.

2. Sonderregelungen für einzelne Betriebe

Auch bezüglich der Grenzen von Tagesarbeit und Nachtarbeit sowie der Regelungen von Schichtarbeit und ununterbrochenem Betrieb sind zahlreiche Ausnahmen in der VO II zu finden und betreffen alle dort behandelten Betriebe.

3. Sonderbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer

Für jugendliche Arbeitnehmer ist eine tägliche Höchstarbeitszeit von 9 Stunden vorgesehen (1). Die tägliche Arbeit hat für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer innerhalb von 12 Stunden zu erfolgen (2).

Eine Verschiebung der ordentlichen Grenzen der Tagesarbeit oder Nachtarbeit darf ebenfalls mit Bewilligung der Behörden erfolgen (3).

II. Ruhezeiten

Während der Ruhezeiten darf der Arbeitnehmer weder zu normaler Arbeit noch zu Ueberstundenarbeit herangezogen werden.

1. Pausen

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer täglich mindestens eine Vier-

---

1) Art. 31 Abs. 1 ArG.
2) Art. 31 Abs. 2 ArG (Jugendliche); Art. 34 ArG (Frauen).
3) Art. 31 Abs. 4 ArG (Jugendliche); Art. 34 ArG (Frauen).

telstunde Pause bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb Stunden, mindestens eine halbe Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden und mindestens eine Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden zu gewähren (1).

2. Verbot der Sonntagsarbeit

a) Allgemein

An Sonntagen ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagt (2). Den Sonntagen gleichgestellt sind die gesetzlichen Feiertage (3).

Ausnahmsweise kann Sonntagsarbeit von den zuständigen Behörden bewilligt werden (4).

b) Sonderregelungen für einzelne Betriebe

Generell oder teilweise vom Verbot der Sonntagsarbeit ausgenommen sind fast alle der in VO II erwähnten Betriebe (5). Die Ausnahmen betreffen auch jugendliche und weibliche Arbeitskräfte.

c) Sonderbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer

Grundsätzlich ist den jugendlichen und weiblichen Arbeitnehmern

---

1) Art. 15 ArG und Art. 32 VO I.

2) Art. 18 Abs. 1 ArG.

3) Art. 18 Abs. 2 ArG.

4) Art. 19 ArG.

5) Keine Sonderregelungen gelten für Metzgereien, Betriebe zur Herstellung von Konserven, Hoch- und Tiefbaubetriebe sowie Steinbrüche und Coiffeurbetriebe.

die Arbeit an Sonntagen untersagt. Ausnahmen können mit behördlicher Bewilligung für Jugendliche über 16 Jahren und für weibliche Arbeitnehmer gemacht werden (1). Zu beachten gilt es auch die Sonderregelungen für einzelne Betriebe in der VO II (vgl. vorne b).

3. Wöchentlicher freier Halbtag

Den Arbeitnehmern, die während mehr als fünf Tagen in der Woche und nicht in der Nacht oder im Schichtbetrieb arbeiten (2), ist grundsätzlich jede Woche ein freier Halbtag zu gewähren (3).

Dabei geht es erklärtermassen nicht um den Schutz der Gesundheit, sondern lediglich darum, ihnen genügend Zeit für persönliche Besorgungen zur Verfügung zu halten, damit der Arbeitsablauf nicht durch Kurzabsenzen gestört wird (4).

In den Wochen, in die ein arbeitsfreier Tag fällt, muss der freie Halbtag nicht gewährt werden (3). Ausfallende Arbeitstage, die ausgeglichen werden, sowie Ersatzruhetage für Sonntagsarbeit sind keine arbeitsfreien Tage in diesem Sinne (2).

---

1) Art. 31 Abs. 4 ArG und Art. 65 VO I (Jugendliche); Art. 34 Abs. 3 ArG und Art. 71 VO I (Frauen).

2) Art. 46 VO I.

3) Art. 21 Abs. 1 ArG.

4) Botschaft ArG, S. 978; BIGLER, N. 1 zu Art. 21 ArG; WEGMANN in HUG, N. 1 zu Art. 21 ArG; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 21 ArG.

Die wöchentlichen freien Halbtage dürfen im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer für höchstens vier Wochen zusammenhängend gewährt werden (1).

4. Sonderregelungen

Sonderregelungen bestehen in jenen Fällen, wo wegen verschobener Tagesgrenzen, Nacht-, Schicht- oder Sonntagsarbeit, sowie ununterbrochenen Betriebs und Zusammenlegens von freien Halbtagen eine Bewilligung eingeholt werden muss. Ebenso bei sehr vielen der in der VO II behandelten Betrieben.

---

1) Art. 21 ArG.

F. FOLGEN DER NICHTEINHALTUNG

I. Folgen für den Arbeitgeber

Als Mittel der Kontrolle dienen den Behörden die Auskunfts- (1) und Mitteilungspflicht (2) sowie die Berechtigung zum Zutritt zum Betrieb (3). Der Arbeitgeber hat Verzeichnisse und Unterlagen zu halten, aus denen die vom einzelnen Arbeitnehmer geleistete Ueberzeit- und Hilfsarbeit nach Lage und Dauer für jede Zahltagsperiode hervorgehen (4).

Als Sanktionen stehen den Vollzugsbehörden die üblichen, Verwaltungsbehörden allgemein zustehenden Massnahmen zur Verfügung (5). Ausdrücklich wird im Arbeitsgesetz die Möglichkeit festgehalten, dem Arbeitgeber eine erteilte Arbeitszeitbewilligung zu entziehen und für eine bestimmte Zeit zu sperren, wenn diese nicht eingehalten wird (6). Missbraucht der Arbeitgeber die Befugnis zur Anordnung von Ueberzeitarbeit ohne Bewilligung, so kann ihm die Behörde auch diese für eine bestimmte Zeit entziehen (7).

Der Arbeitgeber macht sich zudem strafbar, wenn er den Vorschriften über die Arbeitszeit vorsätzlich zuwiderhandelt (8). Bei Verletzung

---

1) Art. 45 ArG.

2) Art. 47 ArG.

3) Art. 84 VO I.

4) Art. 85 VO I.

5) Art. 51 ArG. Zur Verwaltungsrechtspflege im Zusammenhang mit arbeitsgesetzlichen Verfügungen vgl. GUNDELFINGER, S. 71-99.

6) Art. 53 Abs. 1 ArG.

7) Art. 53 Abs. 2 ArG.

8) Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG.

des Sonderschutzes für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer genügt bereits eine fahrlässige Missachtung (1).

II. Folgen für den Arbeitnehmer

Gegen den Arbeitnehmer hat das Arbeitsgesetz keine Sanktionen vorgesehen, wenn dieser gegen Arbeitszeitvorschriften verstösst (2).

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Arbeitnehmer Ansprüche aus geleisteter Ueberstundenarbeit ableiten kann, wenn diese gar nicht zulässig oder dafür keine Bewilligung eingeholt worden ist.

Grundsätzlich ist solche Arbeit wie Ueberstundenarbeit (3) und gegebenenfalls wie Ueberzeitarbeit oder Hilfsarbeit zu behandeln (4), mithin entsprechend abzugelten (5). Der Arbeitnehmer soll durch die Gesetzesverletzung des Arbeitgebers nicht schlechter gestellt werden. Dies würde "dem Geist der Arbeitsschutzgesetzgebung" widersprechen (6).

Zum selben Ergebnis kommt man auch, wenn die Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts zum faktischen Arbeitsverhältnis analog herangezogen werden (7).

---

1) Art. 59 Abs. 1 lit. c ArG.

2) BIGA in ARV 1974, S. 3.

3) Für das deutsche Arbeitsrecht hat dies das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 25. Febr. 1976 bestätigt (ZFA 1977, S. 485).

4) Noch unter Herrschaft des Fabrikgesetzes für die Nichteinholung einer Ueberzeitbewilligung, festgehalten durch Obergerichtspräsidium Appenzell-Ausserrhoden, SJZ 59 (1969), S. 174 (Nr. 97).

5) A.M.: GEISER, S. 279.

6) SCHERRER, S. 45.

7) Art. 320 und 322 OR.

§ 7 POLIZEIVORSCHRIFTEN

Ueberstundenarbeit ist wie normale Arbeit dann nicht zulässig, wenn irgendeine Vorschrift polizeilicher Art die Arbeit einschränkt. Zu denken ist an Vorschriften, die die Oeffentlichkeit vor bestimmten Beeinträchtigungen schützen wollen, wie solche über die öffentliche Ruhe, insbesondere Nacht- und Sonntagsruhe.

Erlasse über die Nacht- und Sonntagsruhe, Oeffnungszeiten von Betrieben (Verkaufs- und Gastbetrieben) usw. bewirken nicht nur einen besonderen Schutz der Oeffentlichkeit, sondern auch der betroffenen Arbeitnehmer, da dadurch die Grenze der Tages- bzw. Sonntagsarbeit enger gezogen wird.

Die polizeilichen Verbote bleiben auch zu beachten, wenn die zuständigen Behörden eine Arbeitszeitbewilligung erteilt haben. Die polizeilichen Vorschriften gelten unabhängig vom Arbeitsgesetz und werden im letzteren auch ausdrücklich vorbehalten (1).

---

1) Art. 71 lit. c ArG; ausdrücklich auch BIGA in ARV 1980, S. 1.

4. K A P I T E L
ABGELTUNG DER UEBERSTUNDENARBEIT

Art. 321c Abs. 2 und 3 OR regelt die Abgeltung der Ueberstundenarbeit. Der Arbeitnehmer hat danach für geleistete Ueberstundenarbeit einen Anspruch auf Vergütung (1), sofern nicht ein Ausgleich durch Freizeit (2) vereinbart wird. Bevor auf die beiden Abgeltungsarten eingegangen wird, soll ein Blick auf die Praxis der Ueberstundenabgeltung geworfen werden, wie sie aufgrund einer Auswertung von Gesamtarbeitsverträgen, der Lehre und Einzelarbeitsverträgen durchleuchtet wurde.

---

1) Vgl. hinten § 10.

2) Vgl. hinten § 9.

§ 8 RECHTSTATSACHEN

A. ALLGEMEINES

Es ist weit verbreitet, Ueberstundenarbeit durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen (1). Bei gleitender Arbeitszeit gehört Freizeitausgleich geradezu zum System (2). Wenige Arbeitnehmer können Ueberstunden durch Freizeit von längerer Dauer, meist 1 1/4 Stunde pro Ueberstunde, kompensieren (3).

Anstelle des Freizeitausgleichs erfolgt in der Regel Lohnzahlung mit oder ohne Zuschlag von 25%.

Viele Arbeitnehmer haben die Wahl zwischen Freizeitausgleich und Vergütung oder müssen wenigstens gefragt werden, ob sie mit dem Freizeitausgleich einverstanden sind (4).

Vereinzelt kommt es auch vor, dass die Ueberstundenarbeit durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen und ein Zuschlag nach Wahl in Geld oder ebenfalls in Freizeit gewährt wird (5).

Auf der anderen Seite leisten manche Arbeitnehmer Ueberstundenar-

---

1) Botschaft OR, S. 305; SCHWEINGRUBER, N. 6 zu Art. 321c OR.

2) Vgl. vorne § 2 C V.

3) Z.B. GAV für das Gärtnergewerbe, Art. 12; GAV für kaufm. Büroangestellte und kaufm.-technische Angestellte in Zürich, Art. 15; GAV für die schweizerischen Ziegeleien, Art. 3; GAV für das Transportgewerbe in der Stadt und im Bezirk Zürich, Art. 9.

4) Entspricht der Lösung des Art. 321c Abs. 2 OR; vgl. hinten § 9 A.

5) GAV für die schweizerischen Brauereien, Art. 16.

beit, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten; sie erbringen also "Gratisarbeit".

Oft wird vereinbart, dass eine bestimmte Zahl von Ueberstunden durch Freizeit auszugleichen ist und dass nur solche, die darüber hinausgehen, mit Geld abgegolten werden können; solche Regelungen sind in vielen Systemen der gleitenden Arbeitszeit anzutreffen.

Die Abgeltung der Ueberstundenarbeit durch Vergütung erfolgt in mannigfacher Weise. Meist wird einzeln abgerechnet, wobei der Stundenlohn um einen Zuschlag von 25% erhöht wird (1). In einzelnen Branchen, wo periodisch Ueberstundenarbeit anfällt, hat sich die Pauschalabgeltung durchgesetzt, z.B. beim Verkaufspersonal des Detailhandels (2).

---

1) Zur Berechnungsart bei Monatslohn s. hinten § 10 C.

2) Botschaft OR, S. 306; BRUEHWILER, N. 11 zu Art. 321c OR; REHBINDER, S. 40.

B. PAUSCHALABGELTUNG

Die Pauschalabgeltungen verdienen eine nähere Betrachtung. Es gibt einerseits solche, die praktisch auf einen Ausschluss der Ueberstundenentschädigung hinauslaufen. Als Grundlage dienen meist Vertragsklauseln wie:

> "Die Vergütung für allfällige Ueberstunden ist im vereinbarten Lohn enthalten; für diese Ueberstundenarbeit hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf zusätzliche Entschädigung oder Freizeit."

Diese Formel wird von BRUEHWILER (1) empfohlen, wobei er unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass es nicht etwa um den Einschluss der Ueberstundenvergütung in den ordentlichen Lohn geht, sondern darum, "die Entschädigung von Ueberstundenarbeit überhaupt aus(zu)schliessen". Die mit solchen Klauseln belasteten Arbeitnehmer sollen "Gratisarbeit" leisten (2).

Andererseits kennt die Praxis auch Regelungen der Pauschalabgeltung, die diesen Namen verdienen. Es wird eine genau bestimmte Zahl oder Höchstzahl Ueberstunden von vornherein mit dem ordentlichen Lohn als abgegolten erklärt; ähnlich wie dies mit Spesenpauschalen praktiziert wird (3). Es geht bei diesen Pauschalen nicht darum, den Arbeitnehmer um seine Ueberstundenvergütung zu bringen, sondern lediglich darum, die Kontrolle und Abrechnung (4) zu vereinfachen.

---

1) N. 11 zu Art. 321c OR.

2) Stellungnahme s. hinten § 10 A IV.

3) Art. 327a Abs. 2 OR regelt die Spesenpauschalen einseitig zwingend: "Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann als Auslagenersatz eine feste Entschädigung, wie namentlich ein Taggeld oder eine pauschale Wochen- oder Monatsvergütung, festgesetzt werden, durch die jedoch alle notwendig entstehenden Auslagen gedeckt werden müssen."

4) KERGER, S. 278.

C. HOEHERE LEITENDE ANGESTELLTE UND 60-STUNDEN-GRENZE

Eine besondere Stellung nehmen in der Praxis die höheren leitenden Angestellten (Direktoren etc.) ein. Ihnen wird oft ein Anspruch auf Abgeltung der Ueberstunden abgesprochen (1). Bei ihnen sei eine Ueberstundenentschädigung allgemein nicht üblich, "sofern nicht ausdrücklich vereinbart", meint dazu das Aargauer Obergericht (2).

Noch immer wird die Auffassung vertreten und angewendet, Angestellte im kaufmännischen und technischen Bereich hätten zwar Lohn für geleistete Ueberzeitarbeit zugute, für die ersten 60 Stunden im Kalenderjahr jedoch keinen Lohnzuschlag (3).

---

1) SCHENK, S. 181; STREIFF, N. 5 zu Art. 321c OR.

2) JAR 1980, S. 126.

3) BRUEHWILER, N. 14 zu Art. 321c OR; SCHENK, S. 181; STREIFF, N. 5 zu Art. 321c OR; WYLER, S. 98. Stellungnahme s. hinten § 10 B.

D. "TOTAL MOBILE ARBEITSZEIT"

Mit einer zeitlichen Ausdehnung der Kompensationsmöglichkeiten verlangen viele Betriebe von ihren Arbeitnehmern Ueberstundenarbeit, wenn sie unter Termindruck stehen, und halten ihre Arbeitnehmer dann zur Kompensation durch Freizeit an, wenn sich die Auftragslage verschlechtert.

Die Freizeitkompensation erfolgt im Verhältnis von 1 zu 1. Die Arbeitnehmer werden dabei gar nicht um ihr Einverständnis gefragt. Reklamationen werden mit Hinweis auf den dispositiven Charakter von Art. 321c Abs. 2 OR (1), welcher den Freizeitausgleich privatrechtlich regeln sollte, erledigt (2).

Werden solche Praktiken angewandt, so muss von einer "total mobilen Arbeitszeit" gesprochen werden, wobei allerdings die Mobilität nur dem Arbeitgeber zugute kommt. Er erspart sich die üblicherweise durch Ueberstundenarbeit entstehenden Mehrkosten, wie sie durch die Entrichtung der Zuschläge in Geld oder Freizeit anfallen.

---

1) Vgl. hinten § 9 A.

2) Zur Frage des Einverständnisses des Arbeitnehmers s. hinten § 9 A II.

§ 9 FREIZEITAUSGLEICH

A. MITBESTIMMUNGSRECHT DES ARBEITNEHMERS

I. Inhalt

Sowohl die privatrechtliche Regelung, Art. 321c Abs. 2 OR, als auch die öffentlichrechtliche, Art. 13 Abs. 2 ArG, setzen für den Ausgleich der Ueberstunden durch Freizeit das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus.

Das Erfordernis des Einverständnisses verhindert, dass der Arbeitnehmer gegen seinen Willen um den Zuschlag kommt. Weigert sich der Arbeitnehmer, die Ueberstunden- bzw. Ueberzeitarbeit durch Freizeit zu kompensieren, so steht ihm Lohnvergütung samt Zuschlag zu (1). Dennoch hat der Arbeitnehmer kein Recht zur Wahl zwischen Freizeitausgleich und Vergütung.

Der Arbeitnehmer kann nur zwischen Freizeitausgleich und Vergütung wählen, wenn von seiten des Arbeitgebers ein entsprechendes Angebot auf Freizeitausgleich vorliegt. Wenn der Arbeitgeber kein Angebot auf Freizeitausgleich macht, hat der Arbeitnehmer sich mit der Vergütung in Geld zufriedenzugeben. Somit liegt ein Wahlrecht in erster Linie beim Arbeitgeber; ihm ist es zunächst überlassen, ob er Freizeitausgleich anbieten will. Erst wenn ein solcher Vorschlag vorliegt, kommt auch der Arbeitnehmer in den Genuss eines Wahlrechts; er

---

1) Vgl. hinten § 10 B.

kann sich mit dem Freizeitausgleich einverstanden erklären oder eben nicht (1).

II. Zustimmung im konkreten Einzelfall

Die Zustimmung des Arbeitnehmers zum Ausgleich der Ueberstundenarbeit durch Freizeit kann vor oder nach deren Leistung erfolgen.

Erfolgt sie erst nach der Leistung der Ueberstundenarbeit, so ergeben sich keine besonderen Probleme. Es wird jeweils unzweifelhaft sein, für welche Ueberstunden die Zustimmung erteilt wird.

Wird dagegen die Erklärung des Einverständnisses vor der Leistung der Ueberstundenarbeit abgegeben - z.B. generell für alle künftigen Ueberstunden - kann sich die Frage nach ihrer Gültigkeit stellen.

Soweit Ueberstunden im engeren Sinne betroffen werden, reduziert sich das Problem auf die Auslegung der entsprechenden Willensäusserung des Arbeitnehmers. Da Art. 321c Abs. 2 OR nur dispositiv ausgestaltet ist, braucht die Zustimmung nicht konkret zu sein. Der generellen Zustimmung - gleichbedeutend einer Wegbedingung des Erfordernisses überhaupt - im Einzel-, Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag steht nichts im Wege (2).

---

1) Im Ergebnis gleich: BRUEHWILER, N. 7 zu Art. 321c OR; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 7 zu Art. 321c OR; ungenau: Botschaft OR, welche dem Arbeitnehmer einfach die Wahl zwischen Freizeitausgleich und Vergütung zuspricht (S. 305).

2) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 18 zu Art. 321c OR.

Das Einverständnis für den Ausgleich von Ueberzeitarbeit im Sinne von Art. 13 Abs. 2 ArG kann dagegen nicht im voraus generell abgegeben werden. Dies läuft auf eine Wegbedingung des Erfordernisses eines Einverständnisses hinaus und ist angesichts des zwingenden Charakters der öffentlichrechtlichen Vorschrift unzulässig (1). Gültig ist folglich nur die Erklärung im konkreten Einzelfall (2) für eine konkret eingeplante Ueberzeitarbeit, die sich durchaus über einen längeren Zeitraum erstrecken kann.

Abreden in Einzel-, Gesamt- oder Normalarbeitsverträgen, welche das Einverständnis des einzelnen Arbeitnehmers für den Ausgleich von Ueberstunden durch Freizeit im konkreten Einzelfall beschneiden, sind für die Ueberzeitarbeit unverbindlich. Gesamt- oder Normalarbeitsverträge können die Zustimmung des einzelnen ohnehin nicht ersetzen (3).

Hingegen kann die Abgeltung durch Freizeit im voraus wegbedungen werden. Dies gilt für Ueberstunden im engeren Sinne (4) als auch für Ueberzeitarbeit (5).

---

1) Art. 342 Abs. 2 und Art. 361 OR.

2) Ebenso REHBINDER, ArG, N. 3 zu Art. 13 ArG; HOLZER in: HUG, N. 7 zu Art. 13 ArG.

3) REHBINDER, ArG, N. 3 zu Art. 13 ArG.

4) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 19 zu Art. 321c OR.

5) CANNER/SCHOOP, N. 16 zu Art. 13 ArG; HOLZER in: HUG, N. 7 zu Art. 13 ArG, allerdings mit der Einschränkung, dass die abweichende vertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger sein müsse, z.B. durch Gewährung höherer Zuschläge.

B. DAUER

Ueberstunden sind dann durch Freizeit ausgeglichen, wenn die Freizeit mindestens gleich lang dauert wie die Ueberstundenarbeit. Ein "Ausgleich" durch Freizeit von kürzerer Dauer ist schon begrifflich ausgeschlossen (1).

Dagegen steht dem Ausgleich durch Freizeit von längerer Dauer nichts im Wege. Sowohl Art. 321c Abs. 2 OR als auch Art. 13 Abs. 2 ArG gehen von einem Freizeitausgleich von mindestens gleicher Dauer aus. In Art. 13 Abs. 2 ArG ist dies nicht ausdrücklich festgehalten. Aus der Formulierung ergibt sich jedoch, dass bei Freizeitausgleich von "gleicher Dauer" der Lohnzuschlag gemäss Abs. 1 entfalle. Da der Lohnzuschlag "wenigstens" ein Viertel zu betragen hat, hat wohl auch der Freizeitausgleich "wenigstens" von gleicher Dauer zu sein.

---

1) BRUEHWILER (N. 8 zu Art. 321c OR) und SCHWEINGRUBER (N. 6 zu Art. 321c OR) lassen unter Hinweis auf den dispositiven Charakter auch die Abrede eines "Ausgleichs" von kürzerer Dauer zu.

C. ZEITRAUM

Der Ausgleich der Ueberstundenarbeit durch Freizeit hat gemäss Art. 321c Abs. 2 OR und Art. 13 Abs. 2 ArG "innert eines angemessenen Zeitraums" zu erfolgen.

Als angemessen bezeichnet die VO I den Zeitraum von 14 Wochen, welcher durch Uebereinkunft unter den Beteiligten bis höchstens 12 Monate verlängert werden kann (1). Damit hat man der "total mobilen Arbeitszeit" (2) Tür und Tor geöffnet.

Die früher für den Ausgleich der Ueber**zeit**arbeit nach Art. 13 Abs. 2 ArG als angemessen betrachtete Frist von 8 Wochen, noch ohne Verlängerungsmöglichkeit durch Abrede, wurde auch für den Bereich des Ausgleichs von Ueber**stunden**arbeit nach Art. 321c Abs. 2 OR als massgeblich betrachtet (3).

Es stellt sich die Frage, ob die Verlängerung des "angemessenen" Zeitraums im Bereiche des Arbeitsgesetzes auch auf den privatrechtlichen Bereich übertragen werden kann.

Die direkte Beziehung von vermehrter Beanspruchung durch die Ueberstundenarbeit und dem Erholungseffekt der Freizeit ist weder bei einer Ausschöpfung der Frist von 8 Wochen noch von 14 Wochen, geschweige denn von 12 Monaten, gegeben. Doch einzig diese Be-

---

1) Art. 40 Abs. 2 VO I; Aenderung vom 21. Dez. 1977.

2) Vgl. vorne § 8 D.

3) Botschaft OR, S. 305; REHBINDER, S. 40; STREIFF, N. 6 zu Art. 321c OR.

ziehung kann als Kriterium für die Bemessung des "angemessenen Zeitraums" tauglich sein (1). Der "angemessene Zeitraum" erstreckt sich - analog zur Lösung bei Hilfsarbeit (2) - auf die laufende und kommende Woche. Es erscheint daher höchst fraglich, ob auf dem Verordnungswege überhaupt eine solche Zeitraumbestimmung zulässig sei; Art. 26 Abs. 1 ArG lässt weitere Bestimmungen nur "zum Schutze der Arbeitnehmer" zu (3).

Dennoch ist anzunehmen, dass die Praxis nun auch für den Bereich des Ausgleichs der Ueberstundenarbeit nach Art. 321c Abs. 2 OR die Frist von 14 Wochen als "angemessen" betrachten wird, um damit eine einheitliche Regelung für Ueber**stunden**- und Ueber**zeit**arbeit zu erreichen (4).

Der Abrede zwischen den Parteien, einen längeren Zeitraum gelten zu lassen, steht grundsätzlich nichts im Wege. Art. 321c Abs. 2 OR ist dispositiv; Art. 40 Abs. 2 VO I lässt eine vereinbarte Verlängerung bis 12 Monate zu.

Wird die Ausgleichsfrist überschritten, so sind die Ueberstunden zuschlagspflichtig. Der Zuschlag ist auch geschuldet, wenn mit Freizeit ausgeglichen wird (5).

---

1) Das BIGA spricht in diesem Zusammenhang von "wirklich sinnvoll" statt von "angemessen" (Schreiben vom 30 Dez. 1977 an die für den Vollzug des Arbeitsgesetzes zuständigen Behörden und Amtsstellen, S. 5).

2) Vgl. hinten D.

3) Die Arbeitnehmerverbände lehnten die Verlängerung der Ausgleichsfrist entschieden ab (Vernehmlassung vom 31. Mai 1977 des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, S. 2).

4) So bereits BRUEHWILER, N. 8 zu Art. 321c OR, und SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 18 zu Art. 321c OR.

5) Ebenso bezüglich Ueber**zeit**arbeit: REHBINDER, ArG, N. 3 zu Art. 13 ArG.

D. FREIZEITAUSGLEICH DER HILFSARBEIT

Hilfsarbeit muss analog zur Ueberzeitarbeit mit Freizeit von gleicher Dauer oder mit Vergütung durch Lohnzuschlag abgegolten werden (1).

Für den Freizeitausgleich ist zwingend der Zeitraum der laufenden und folgenden Woche vorgeschrieben (2).

Dauert die Hilfsarbeit am gleichen Tag länger als zwei Stunden, so ist die zwei Stunden überschreitende Arbeitszeit in jedem Fall durch Freizeit auszugleichen. Solche Hilfsarbeit ist folglich während der laufenden oder folgenden Woche durch Freizeit zu kompensieren (3).

---

1) Art. 14 Abs. 3 ArG und Art. 41 Abs. 4 VO I; zur Vergütung hinten § 10.

2) Art. 14 Abs. 3 ArG und Art. 41 Abs. 4 VO I; zwingend gemäss Art. 342 OR.

3) Art. 14 Abs. 3 ArG und Art. 41 Abs. 4 VO I.

§ 10 UEBERSTUNDENVERGUETUNG

A. ZWINGENDER GEHALT DER PRIVATRECHTLICHEN REGELUNG

I. Ausgangslage

Art. 321c Abs. 3 OR lautet:

> "Wird die Ueberstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Ueberstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst."

Der Wortlaut der Regelung, insbesondere die hier hervorgehobene Stelle, weist auf einen dispositiven Gehalt hin. Verwirrend (1) daher die Einreihung in den Katalog der zweiseitig zwingenden Bestimmungen (2); danach darf weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers davon abgewichen werden; allfällige "Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die (...) zuungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig" (Art. 361 OR).

---

1) BRUEHWILER, N. 11 zu Art. 321c OR; SCHWEINGRUBER, N. 4 zu Art. 321c OR.

2) Die Rechtsnatur der altrechtlichen Bestimmung Art. 336 ORvRev hingegen war unbestritten. Gemäss herrschender Auffassung war sie eindeutig dispositiv. Vgl. BECKER, N. 4 zu Art. 336 und OSER/SCHOENENBERGER, N. 6 zu Art. 336 OR.

Es würde von wenig Respekt vor dem eidgenössischen Gesetzgeber zeugen, wollte man ihm ohne nähere Untersuchung einen Irrtum unterstellen (1). Abgesehen davon wäre dadurch noch nicht eindeutig geklärt, ob er sich hinsichtlich der Formulierung des Artikels oder hinsichtlich der Einreihung unter die zweiseitig zwingenden Bestimmungen geirrt hat.

II. Historische Auslegung

1. Volkswirtschaftlicher Hintergrund

Die Revision des 10. Titels des Obligationenrechts, von welcher auch der Ueberstundenartikel nachhaltig erfasst wurde, erfolgte in den sechziger Jahren (2); in einer Zeit also, wo Hochkonjunktur und wirtschaftlicher Optimismus die Position des Arbeitnehmers als stärker erscheinen liessen.

Der Bundesrat führte in seiner Botschaft von 1967 dazu aus:

> "Im Zeichen der Voll- und Ueberbeschäftigung hat sich die wirtschaftliche Lage der Arbeitnehmer völlig verändert. Ihre ökonomische Zwangslage ist verschwunden, so dass nicht mehr der Arbeitnehmer sich um einen Arbeitsplatz, sondern der Arbeitgeber sich um Arbeitskräfte bemühen muss. In der heutigen wirtschaftlichen Situation besteht die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitneh-

---

1) Dazu hinten II.

2) Ein erster Entwurf stammt aus dem Jahre 1957. Am 30. Sept. 1963 wurde der sogenannte Vorentwurf ins Vernehmlassungsverfahren geschickt. Mit Datum vom 28. Aug. 1967 erschien die Botschaft des Bundesrates, welche von November 1967 bis September 1969 in der nationalrätlichen Kommission und anschliessend bis zur Schlussabstimmung am 25. Juni 1971 in beiden Räten diskutiert wurde.

mers vom Arbeitgeber jedenfalls in grossem Umfang nicht mehr, auch wenn sie bei einzelnen Arbeitnehmerkategorien, wie z.B. den Heimarbeitern, noch keineswegs völlig verschwunden ist. Gewiss darf der Gesetzgeber nicht nur von der heutigen wirtschaftlichen Lage ausgehen, vielmehr hat er das Arbeitsverhältnis auch unter dem Gesichtspunkt veränderter Konjunktur- und Beschäftigungslagen zu ordnen. Aber da die Vollbeschäftigung anerkanntes Ziel der staatlichen Wirtschaftspolitik bleiben dürfte, wird auch in Zukunft der Arbeitnehmer nicht mehr in die frühere ökonomische Zwangslage und die ihr entsprechende wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber geraten" (1).

Die Bedeutung des Ueberstundenartikels wurde aber nicht nur wegen der allzu optimistischen Einschätzung der wirtschaftlichen Lage und Vertragsposition des Arbeitnehmers unterschätzt. Die damals übliche wöchentliche Arbeitszeit war praktisch identisch mit der im Arbeitsgesetz verankerten wöchentlichen Höchstarbeitszeit (2). Für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitnehmer galt folglich ohnehin fast ausschliesslich die dort zu findende Ueber**zeit**regelung. Den privatrechtlichen Ueberstundenartikel hielt man anscheinend nur für die übrigen Arbeitnehmer für wichtig (3).

Offenbar hat man übersehen, dass wegen der nun auch in der Schweiz

---

1) Botschaft OR, S. 274.

2) Vgl. Sonderheft Nr. 80 der "Volkswirtschaft": Lohnsätze und Arbeitszeiten in Gesamtarbeitsverträgen 1967-1969; Sonderheft Nr. 84 der "Volkswirtschaft": Lohnsätze und Arbeitszeiten in Gesamtarbeitsverträgen 1969-1971.

3) Botschaft OR, S. 307.

sich durchsetzenden Arbeitszeitverkürzung (1) zwischen der normalen vertraglichen Arbeitszeit und der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sich eine immer breiter werdende Spanne öffnet, in welcher die arbeitsgesetzliche Ueberzeitregelung keine Anwendung findet und Art. 321c OR alleine gilt (Ueberstunden i.e.S.). Auch hat man die rasante Verbreitung der Teilzeitarbeit nicht vorausgesehen (2).

Den Vertretern der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände kann der Vorwurf kaum erspart bleiben, sie hätten während der Beratungen in den Kommissionen und Räten wenig Interesse an einer klaren gesetzlichen Ueberstundenbestimmung gezeigt und allzusehr auf die arbeitsgesetzlichen und vor allem auf die gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen vertraut.

2. Entstehungsgeschichte von Abs. 3 des Art. 321c OR

a) Vorentwurf und Entwurf des Bundesrates

Verglichen mit der heute geltenden Regelung war die Formulierung im Vorentwurf von 1963 (3), abgesehen von der falschen Bezeichnung "Ueberzeitarbeit" statt "Ueberstundenarbeit", noch klar:

> "Ist die Vergütung für solche Ueberzeitarbeit nicht im Lohn enthalten und wird vom Arbeitgeber nicht entsprechende Freizeit gewährt, so hat er dafür Lohn zu entrichten, der sich mindestens nach dem Normallohnansatz bemisst. Eine Abrede, die von dieser Bestimmung zuungunsten des Arbeitnehmers abweicht, ist nichtig."

---

1) Vgl. Sonderheft Nr. 96 der "Volkswirtschaft": Lohnsätze und Arbeitszeiten in Gesamtarbeitsverträgen 1981-1983; vgl. im weiteren BIRCHER, S. 39.

2) Vgl. BIGA, Teilzeitarbeit, S. 4.

3) Art. 7 Abs. 2, Vorentwurf vom 30. Sept. 1963.

Die Fassung des bundesrätlichen Entwurfes von 1967 (1) entspricht der heutigen, abweichend nur insofern, als von einem "angemessenen Zuschlag" zum Normallohn die Rede war, wogegen heute ein "Zuschlag von mindestens einem Viertel" geschuldet ist. Vorgesehen war die Einreihung unter die absolut zwingenden Bestimmungen (2).

Der Entwurf des Bundesrates setzte also den Grundsatz, dass der Arbeitgeber für die Ueberstundenarbeit Lohn zu entrichten hat, mit einer doppelten Einschränkung: Zunächst enfällt die Lohnzahlungspflicht, wenn die Ueberstundenarbeit durch Freizeit ausgeglichen wird. Zulässig soll aber auch die vertragliche Abrede sein, dass die Vergütung für die Ueberstunden im Lohn enthalten sei.

In der Botschaft wird ausdrücklich darauf beharrt, dass eine solche Abrede schriftlich sein muss, weil "eine formlose Abrede zu zahlreichen Schwierigkeiten Anlass geben und zu einer weitgehenden Ausschaltung des Grundsatzes der Lohnzahlungspflicht führen" könnte. Die Bestimmung sei als zwingende einzureihen, weil "die Vorschriften dieses Artikels einerseits das Interesse des Arbeitgebers an der Leistung notwendiger Ueberstunden (Abs. 1) und andererseits das Interesse des Arbeitnehmers am Ausgleich solcher von ihm geleisteter zusätzlicher Arbeit durch entsprechende Freizeit oder durch angemessene Vergütung (Abs. 2 und 3) schützen" wollen (2).

Mit der Formulierung "und ist nichts anderes schriftlich verabredet" meinte der Bundesrat - nach der Botschaft zu schliessen - nur

---

1) Art. 321c Abs. 3 Entwurf des Bundesrates vom 28. Aug. 1967.
2) Botschaft OR, S. 307.

die Möglichkeit eines Einschlusses der Vergütung in den normalen Lohn, ähnlich einer Pauschale. Ganz sicher wollte er damit nicht bezwecken, dass der Arbeitnehmer um eine Entschädigung überhaupt geprellt wird. Dies bringt er auch deutlich mit der Unterstellung unter die zwingenden Bestimmungen zum Ausdruck (1).

b) Beratungen in Kommissionen und Räten

In der nationalrätlichen Kommission wurde betont, dass der absoluten Verpflichtung zur Leistung von Ueberstundenarbeit die Pflicht zur entsprechenden Entschädigung entgegengestellt werden müsse. Insbesondere wurde festgehalten, es gehe nicht darum, eine vollumfängliche Wegbedingungsmöglichkeit zu schaffen, sondern den Einbezug in den Lohn, beruhend auf einer durchschnittlich gemessenen Zahl von Ueberstunden, zu ermöglichen (2). Dies wurde von keiner Seite bestritten. Dagegen wurde eingehend diskutiert, ob eine solche Pauschalabgeltung durch schriftliche Abrede oder auch formlos erfolgen könne.

Der Nationalrat beschloss 1969 eine Präzisierung zur Formel "und ist nichts anderes schriftlich verabredet". Er formulierte: "(...) und ist eine Vergütung dafür gemäss schriftlicher Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht im Lohn enthalten (...)" (3). Bundesrat VON MOOS bemerkte dazu vor dem Ständerat: "Der Nationalrat wollte offenkundig ausschliessen, dass für Ueberstundenarbeit überhaupt keine Vergütung ausgerichtet werde. Der Bundesrat hat dieser einschränkenden Fassung zugestimmt. Sie

---

1) Trotzdem meint DAXELHOFFER, die Botschaft des Bundesrates betrachte die Bestimmung als grundsätzlich dispositiv (S. 58).

2) Protokoll vom 14./15. Febr. 1968, S. 3,7,8; Protokoll vom 12./13. Nov. 1970, S. 3.

3) StenBull NR 1969, S. 438 (Antrag Kommission).

entspricht seinen eigenen Ausführungen in der Botschaft" (1). Bundesrat VON MOOS hielt diese Präzisierung nicht für wesentlich, gab er doch kund, dass die Frage der Schriftform für Abreden wesentlicher sei (2).

Der Ständerat strich dann die Präzisierung wieder, worauf sich der Nationalrat in der Folge der ständerätlichen Fassung anschloss. Diskutiert wurde über diese Formel nicht mehr, dafür um so ausgiebiger über die Frage der Schriftform. Deutlich kam die Gleichsetzung der beiden Formulierungen in der Berichterstattung des Kommissionssprechers vor dem Nationalrat zum Ausdruck: "(...) der Ständerat hat die Fassung 'ist eine Vergütung gemäss schriftlicher Abrede nicht im Lohn enthalten' gestrichen. Die nationalrätliche Kommission hat sich - weil dieser Passus überflüssig - mit 17 zu 6 Stimmen dem Ständerat angeschlossen." Auch der Kommissionssprecher kommt dann zu "Wichtigerem", nämlich zur Frage der Schriftform für die Abrede (3).

Aus den Protokollen ist leider nicht ersichtlich, warum der Passus "überflüssig" sei. Es muss angenommen werden, dass beiden Räte der Auffassung waren, die beiden Formulierungen seien gleichwertig. Dies geht besonders deutlich aus einem Votum von Bundesrat VON MOOS zur heute geltenden Fassung hervor. Als diese dem Ständerat vorgeschlagen worden war, führte er aus:

> "Wir halten dafür, dass auch die von Ihrer Kommission vorgeschlagene Fassung in diesem Punkt in der Praxis jedenfalls

---

1) StenBull SR 1970, S. 322; ebenso im Bericht des EJPD zuhanden der Kommission des Nationalrates vom 5. Nov. 1970, S. 2.

2) StenBull SR 1970, S. 322.

3) StenBull NR 1970, S. 716 (Votum HOFSTETTER).

nicht anders wird ausgelegt werden können als die vom Nationalrat beschlossene Fassung" (1).

Und der ständerätliche Kommissionssprecher BOREL meinte:

"Au surplus, les deuxième et troisième alinéas ont été légèrement modifiés dans leur rédaction" (2).

Dagegen diskutierten beide Räte die Frage, welche **Form** eine von der Einzelabrechnung abweichende Abrede haben müsse.

Dabei führte selbst ein eindeutig der Arbeitgeberseite angehörender Sprecher, Nationalrat HACKHOFER, aus, dass nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber im Streitfall die Beweislast zu tragen hätte, ob nun schriftlich oder mündlich vom Normalen abgewichen werde. Er müsste beweisen, dass eine **gewisse** Ueberstundenarbeit als im Lohn inbegriffen vereinbart wurde (3).

Auch er, als Kommissionsmitglied zweifelsohne ein Kenner der Materie, verlangte keine Gratisüberstunden, sondern nur eine einfachere Abrechnung - eben die Pauschalabgeltung.

Auch wird die Frage nach der Rechtsnatur - welche sich doch bei der Formulierung im Gesetzestext "... und ist nichts anderes schriftlich vereinbart" eigentlich hätte aufdrängen müssen - nicht gestellt. Keiner der Räte störte sich an der Einreihung unter die absolut zwingenden Vorschriften. Diese Tatsache spricht dafür, dass mit der erwähnten Formulierung eben nur die Pauschalierung gemeint war.

---

1) StenBull SR 1970, S. 322. Hervorhebung durch den Verf.
2) StenBull SR 1970, S. 322.
3) StenBull NR 1969, S. 439.

Ein Versehen ist schwerlich anzunehmen (1). Wurde doch ausgerechnet bei diesem Artikel eine Aenderung in der Einreihung unter die zwingenden Vorschriften vorgenommen. Abs. 2, welcher den Ausgleich durch Freizeit regelt, wurde aus dem Katalog der zwingenden Vorschriften gestrichen (2).

Der Gesetzgeber wollte offensichtlich den Ausgleich durch Freizeit begünstigen, hat er doch den Ausgleichsumfang für Freizeit nur mit "mindestens gleicher Dauer" umschrieben. Dagegen - falls eben nicht mit Freizeit ausgeglichen wird - statuiert er einen zwingenden Ausgleich durch Lohn **samt Zuschlag**. Der Ausgleich durch Freizeit soll den Arbeitgeber billiger zu stehen kommen.

3. Schlussfolgerungen

- Der Gesetzgeber wollte den Arbeitnehmer **nicht** um die Ueberstundenvergütung gebracht wissen.

- Es können keine "Gratisüberstunden" rechtsgültig vereinbart werden. Art. 321c Abs. 3 OR schreibt die Entschädigung **zwingend** vor, wenn nicht mit Freizeit von gleicher Dauer kompensiert wird.

- Die zwingend geregelte Entschädigungspflicht findet ihr Gegenstück in der ebenfalls zwingend geregelten Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von notwendiger Ueberstundenarbeit (Abs. 1).

- Abreden, wonach eine bestimmte Ueberstundenzahl pauschal mit der normalen Lohnzahlung abgegolten wird, sind zulässig.

---

1) Vgl. hinten III 1.

2) StenBull NR 1969, S. 438; StenBull SR 1970, S. 322.

- Wird darüber hinaus unvorhergesehene Ueberstundenarbeit geleistet, so ist diese separat abzugelten. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Entschädigung zwingend vorgeschrieben ist und demzufolge darauf nicht rechtsgültig verzichtet werden kann (Art. 341 OR).

III. Lehre und Rechtsprechung

1. Lehre

Auffallend ist die überwiegende Meinung in der Literatur, wonach Abs. 3 von Art. 321c OR als dispositiv aufzufassen sei (1), mit dem allfälligen Hinweis, dass mit der Aufnahme in den Katalog der zwingenden Vorschriften nur die Schriftform für abweichende Regelungen gemeint sein kann (2).

Begründet wird diese Auffassung kaum. Man stellt fest, die Bestimmung stifte "Verwirrung" (3), vermutet einen "Irrtum" (4) oder hält sie für "unerklärlich" (5).

Richtig ist, dem Wortlaut der Norm mehr Bedeutung beizumessen als deren Unterstellung unter Art. 361 OR. Doch darf - gerade

---

1) FILLIETAZ, S. 35; NEF, S. 413; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 12 ArG; SCHENK, S. 52; STREIFF, N. 7 zu Art. 321c OR; VISCHER, S. 346; VON BUEREN, S. 23; HOFMANN, S. 149; SCHUHMACHER/STAUFFER/THUER, S. 34.

2) BRUEHWILER, N. 11 zu Art. 321c OR; SCHWEINGRUBER, N. 4 zu Art. 321c OR; WYLER, S. 87; SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 21 zu Art. 321c OR; TSCHUDI, S. 88.

3) BRUEHWILER, N. 11 zu Art. 321c OR; SCHWEINGRUBER, N. 4 zu Art. 321c OR.

4) STREIFF, N. 7 zu Art. 321c OR; TSCHUDI, S. 88.

5) SCHENK, S. 52.

bei relativ jungen Gesetzen (1) - der gesetzgeberische Wille nicht ausser acht gelassen werden. Auch könnte die ratio legis eine andere, dem Wortlaut nicht genau entsprechende Lösung ergeben.

Die Auffassung, wonach nur die Schriftform für abweichende Regelungen absolut zwingend sei, ist verfehlt. Trotz Formvorschrift bleibt eine dispositive Norm dispositiv, andererseits sind alle Formvorschriften aus ihrer Natur heraus zwingend. Es wäre ja unsinnig, die Möglichkeit einzuräumen, durch formlose Abrede das Schriftformerfordernis wegzubedingen. Jede abweichende Regelung würde doch automatisch auch die Abrede enthalten, die Formvorschrift sei wegbedungen, ansonsten ja gar nichts Abweichendes vereinbart würde.

Mit Hinweis auf eine entsprechende Stelle in der bundesrätlichen Botschaft (2) kommt VOEGELI dagegen zur Auffassung:

> "Von dieser absolut zwingenden Regel kann durch Vertrag nicht abgewichen werden (Art. 361 Abs. 1 OR). Es kann aber verabredet werden, dass die Ueberstundenvergütung bereits im Lohn enthalten sei" (3).

Auch CANNER und SCHOOP halten fest, dass Art. 321c Abs. 3 absolut zwingend sei (4). Sie verlangen, dass für den Einbezug der Sonderentschädigung in den Lohn die Zahl oder Höchstzahl der so zu leistenden Ueberstunden genannt werden müsse; ein solches Erfordernis stehe im Privatrecht unter dem Gesichtspunkt von Klar-

---

1) Die heutige Fassung ist seit 1. Jan. 1972 in Kraft.

2) Botschaft OR, S. 306.

3) S. 7.

4) N. 1 zu Art. 13 ArG (S. 100).

heit und Rechtssicherheit (1).

DAXELHOFFER hat die Materialien eingehend untersucht und gelangt zum Schluss:

> "Indessen ist es fraglich, ob aus der Entstehungsgeschichte und auch auf Grund des Wortlautes der Bestimmung tatsächlich auf ihren dispositiven Charakter geschlossen werden darf. Erinnert sei nur daran, dass - subsidiär - von einem Zuschlag von 'mindestens einem Viertel' die Rede ist: ein Indiz dafür, dass es sich bei Art. 321c Abs. 3 OR um eine Mindestschutznorm zugunsten des Arbeitnehmers in dem Sinne handeln könnte, dass die Abrede, wonach die Ueberstundenentschädigung bereits durch den ordentlichen Lohn abgegolten sei, nur insoweit zulässig wäre, als der 'versteckte' Lohnzuschlag die Vergütung (samt Zuschlag) der mutmasslich zu leistenden Ueberstunden tatsächlich decken würde" (2).

Er will die Bestimmung jedoch nicht relativ zwingend gelten lassen, weil er - wohl irrtümlicherweise - annimmt, der Bundesrat sei in seiner Botschaft von einer dispositiven Natur der Regelung ausgegangen (3). Dagegen ist einzuwenden, dass die Kommission und die Räte wohl kaum nur über die Form einer Wegbedingung der Entschädigungspflicht gestritten hätten, die Frage aber, ob überhaupt entschädigt werden müsse, trotz Einreihung in den Katalog der zwingenden Vorschriften gar nicht diskutierten, wenn man sich darüber nicht bereits einig gewesen wäre.

---

1) N. 1 zu Art. 13 ArG (S. 100).

2) S. 57.

3) Vgl. vorne II 2 a), Anm. 1).

Der Bundesrat blieb in seiner Stellungnahme zur Motion Zehnder bei seiner seinerzeitigen Auffassung:

> "Nach dem geltenden Text kann vom gesetzlichen Normalfall der Lohnzahlung mit 25% durch schriftliche Vereinbarung, Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag abgewichen werden. Da es sich dabei um eine absolut zwingende Vorschrift handelt, sind andere Möglichkeiten nur in einem sehr engen Rahmen denkbar. Man dachte seinerzeit vor allem an Vereinbarungen, wonach die Ueberstundenarbeit pauschal mit der Lohnzahlung entschädigt würde" (1).

In der Botschaft zur Volksinitiative "betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht" und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht wird nun aber die Streichung des Art. 321c Abs. 3 OR aus dem Katalog der absolut zwingenden Bestimmungen (Art. 361 OR) beantragt mit der Begründung, die Bestimmung sehe selber "eindeutig" vor, unter welchen Formvorschriften und innerhalb welcher materieller Schranken "Abweichungen gültig sind". Die materiellen Schranken werden aber nicht näher umschrieben (2).

2. Rechtsprechung

Das **Arbeitsgericht** Zürich scheint von der von CANNER und SCHOOP, beide ehemalige Mitarbeiter, vorgezeichneten Linie (3) abzuweichen. Es veröffentlicht nun:

---

1) Stellungnahme zur Motion NR Zehnder (Nr. 78. 412) aus dem Jahre 1978 am 3. März 1980. Ebenso BIGA, Teilzeitarbeit, S. 17, Anm. 1.

2) Botschaft vom 9. Mai 1984, S. 66.

3) CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 13 ArG.

"Die Entschädigung für Ueberzeit (1) kann schriftlich, aber nur schriftlich wegbedungen werden" (2).

Von den anderen Gerichten sind keine schriftlichen Urteile zugänglich. Doch muss - leider - aufgrund mündlicher Auskünfte festgestellt werden, dass eher auf die Kommentare BRUEHWILER's, SCHWEINGRUBER's und STREIFF's gegriffen wird, wenn der Wortlaut einer Bestimmung nicht eindeutig ist. Das Zurückgreifen auf die Materialien unterbleibt ganz, und auf Ueberlegungen zur ratio legis wird weitgehend verzichtet.

Das **Bundesgericht** hat noch nicht entschieden. Im BGE 105 II 39 hat es im Regest festgehalten, dass während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung der Arbeitnehmer weder ausdrücklich noch stillschweigend auf den Lohn verzichten könne, welcher ihm aus Ueberstundenarbeit zustehe. Gemäss BGE 110 II 267 ermächtigt Art. 321c Abs. 3 OR die Parteien, "insb. durch schriftliche Abrede den Arbeitgeber von der Verpflichtung zu entbinden, die Ueberstunden durch eine Lohnzulage zu entschädigen. Nach OR 361 ist diese Bestimmung zwingend" (3). Nach Hinweis auf das unklare Verhältnis zu Art. 13 ArG und die Uneinigkeit der Lehre lässt das Bundesgericht dann aber die sich stellenden Fragen offen.

---

1) Nach mündlicher Auskunft sei nicht "Ueberzeit", sondern "Ueberstunden" gemeint.

2) SJZ 76 (1980), S. 265. Bereits im unveröffentlichten Urteil vom 20. Nov. 1978 (vgl. vorne § 2 C II 2), wo der Auffassung SCHWEINGRUBERS gefolgt und Art. 321c Abs. 3 OR dispositiv behandelt wird.

3) Zitiert nach Pr. 74 Nr. 8 (Originaltext ital.).

IV. Teleologische Betrachtung

Der Zweck der Bestimmung liegt darin, dem Arbeitnehmer für seine unabdingbare Verpflichtung, Ueberstundenarbeit zu leisten (1), auch eine entsprechende Entschädigung zu gewährleisten. Die Formulierung "... und ist nichts anderes vereinbart" will einzig ermöglichen, die Abgeltung der Ueberstunden auch pauschal zuzulassen. Zu denken ist nicht nur an den Einbau in den Lohn, sondern auch zum Beispiel an die Abgeltung durch die Gewährung eines zusätzlichen Monatsgehaltes usw.

Die Möglichkeit, den Arbeitnehmer "Gratisüberstunden" leisten zu lassen, ist systemwidrig. Solche "Gratisarbeit" fällt gar nicht unter das Arbeitsvertragsrecht und damit auch nicht unter Art. 321c OR. Als Arbeit im Sinne von Art. 319 bis 362 OR gilt nur jene Tätigkeit, welche auch entschädigt wird. "Ohne Arbeit kein Lohn - ohne Lohn keine Arbeit." Selbst BRUEHWILER, welcher "Gratisüberstunden" durchaus für rechtens hält (2), stellt kategorisch fest:

> "Bei der Abrede unentgeltlicher Arbeitsleistungen handelt es sich niemals um einen Arbeitsvertrag. Es kann eine unentgeltliche Zuwendung sein, allenfalls ein unentgeltlicher Auftrag" (3).

Auch fällt die "Gratisüberstundenarbeit" nicht mehr unter den Begriff der Arbeitszeit. Denn Arbeitszeit ist grundsätzlich diejenige Zeit, für die der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn hat. Die Wegbedingung der Ueberstundenvergütung ohne Gewährung von Freizeit von mindestens gleicher Dauer wie die Ueberstundenarbeit kann

---

1) Vgl. vorne § 3.

2) N. 2, 11, 14 zu Art. 321c OR.

3) N. 7 zu Art. 319 OR.

nicht zulässig sein (1).

Mit dem Mindestlohnzuschlag soll offenkundig die Ueberstundenarbeit zurückgedrängt werden (2), sofern sie nicht mit Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen wird. Die Möglichkeit der Wegbedingung oder Reduktion des Lohnzuschlages würde dieser Absicht klar entgegenwirken. Lässt man gar die Vereinbarung von "Gratisüberstunden" gelten, führt dies zum grotesken Resultat, dass dem Arbeitgeber die Ueberstunden gar billiger zu stehen kommen als die normalen Arbeitsstunden.

V. Konklusion

Die Lehre, welche Art. 321c Abs. 3 OR für dispositiv hält, stützt sich vorwiegend auf den Wortlaut der Bestimmung. Sie übersieht indes (3), dass, selbst wenn die Bestimmung als dispositiv betrachtet würde, der Wortlaut dennoch nicht schlüssig ist. Am Schluss des Absatzes heisst es "(...) samt einem Zuschlag von **mindestens** einem Viertel (...)" (4). Wie SCHWEINGRUBER (5) richtig feststellt, "ist nicht recht ersichtlich", warum es "mindestens" heisst. Wenn die Parteien schon frei sind, etwas anderes zu vereinbaren, werden sie sich auch über die Höhe des Zuschlags einigen. Wenn sie dagegen nichts vereinbart haben, so gelte ohnehin ein Zuschlag von 25%

---

1) Sie wäre auch nicht nach Treu und Glauben zumutbar (s. vorne § 4 B).

2) Gleicher Auffassung für die Ueberzeitarbeit ist REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 13 ArG.

3) BRUEHWILER (N. 13 zu Art. 321c OR) misst dem Wort "mindestens" keine "rechtliche Bedeutung" zu.

4) Woraus STREIFF (N. 7 zu Art. 321c OR) schliesst, es müsse sich um eine dispositive Norm handeln. Hervorhebung durch den Verf.

5) N. 5 zu Art. 321c OR.

und nicht mehr (1).

Das Wort "mindestens" spricht aber auch gegen die Auffassung, Art. 321c Abs. 3 OR sei absolut zwingend. Absolut zwingend bedeutet, dass weder zuungunsten des Arbeitgebers noch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf (Art. 361 OR).

Richtig ist, Art. 321c Abs. 3 OR als einseitig zwingend zu verstehen. Die Einreihung unter die absolut zwingenden Bestimmungen statt unter die relativ zwingenden (Art. 362 OR) ist darauf zurückzuführen, dass das Wort "mindestens" erst nachträglich eingefügt worden ist (2). Wäre es bei der früheren Formulierung "samt einem angemessenen Zuschlag" geblieben, dann wäre auch die Einreihung unter die absolut zwingenden Bestimmungen zutreffend gewesen.

Berücksichtigt man den Wortlaut der Bestimmung, ihre Einreihung unter die zwingenden Bestimmungen, die Absicht des Gesetzgebers, den Zweck und nicht zuletzt die Begriffsbestimmung der Arbeit und Arbeitszeit, so drängt sich die Auffassung auf, Art. 321c Abs. 3 OR sei **relativ zwingend** im Sinne von Art. 362 OR (3). Die Formel "... und ist nichts anderes schriftlich verabredet" muss als laienhafter Versuch verstanden werden, die Pauschalierungsmöglichkeit zu eröffnen (4).

---

1) Analog zu SCHWEINGRUBER (N. 6 zu Art. 321c OR), wo er zur Bedeutung des Wortes "mindestens" im gleichen Sinne Stellung nimmt.

2) An der 2. Sitzung der nationalrätlichen Kommission (Protokoll vom 14./15. Febr. 1968, S. 11).

3) Im Ergebnis gleich: BERENSTEIN, S. 359; im Sinne einer vernünftigen Lösung auch DAXELHOFFER, S. 59.

4) Die unter II 2 c genannten Schlussfolgerungen aus der historischen Auslegung sind nur insofern zu ergänzen, als die Abrede eines 25% übersteigenden Lohnzuschlages zulässig ist.

B. VERHAELTNIS ZUM LOHNZUSCHLAG GEMAESS ART. 13 ArG

Das Verhältnis zwischen dem privatrechtlichen Ueberstundenzuschlag und dem Lohnzuschlag gemäss Art. 13 ArG, das im allgemeinen als problematisch (1) bezeichnet wird, klärt sich, wenn die Begriffe Ueber**stunden**arbeit im engeren Sinne und Ueber**zeit**arbeit sauber unterschieden werden (2).

Liegt Ueber**zeit**arbeit vor, so besteht hinsichtlich der Entschädigung keinerlei Raum für irgendwelche Parteivereinbarungen (3). Art. 13 ArG ist öffentlichrechtlicher Natur und demzufolge zwingend. Zudem enthält die genannte Bestimmung keinen Art. 321c Abs. 3 OR entsprechenden Vorbehalt ("soweit nichts anderes schriftlich verabredet"). Da Art. 342 Abs. 2 OR diese zwingende Regelung ins Zivilrecht überführt, kann zudem gemäss Art. 341 Abs. 1 OR auf diesen Anspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und einen Monat danach gar nicht verzichtet werden.

Handelt es sich lediglich um Ueberstunden im engeren Sinne (4), so bleibt es bei den unter Abschnitt A gemachten Ausführungen.

In diesem Bereich sind Vereinbarungen über Pauschalabgeltungen

---

1) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 22 zu Art. 321c OR; REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 13 ArG; BGE 110 II 267 (ital.) = Pr. 74 Nr. 8.

2) Vgl. vorne § 1 C II.

3) Ebenso: REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 13 ArG; BRUEHWILER, N. 14 zu Art. 321c OR; a.M.: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 23 zu Art. 321c OR, wonach der Ueberzeitzuschlag wegbedungen werden kann, soweit dies durch schriftliche Abrede, GAV oder NAV erfolgt.

4) Oder bei Arbeitnehmern, die dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt sind, um Ueberstunden im allgemeinen.

zulässig. Die Grenze der Disponibilität ist aber die Ueberzeitarbeit (1). Eine Ausnahme bilden das Büropersonal und die weiteren in Art. 13 ArG genannten Angestellten (2). Diese haben für die ersten 60 Ueberzeitstunden pro Kalenderjahr keinen öffentlichrechtlichen Anspruch auf Lohnzuschlag. Dem Gesetzgeber fehlte offensichtlich bei dieser Kategorie von Arbeitnehmern das Interesse, dem Arbeitgeber die Entrichtung des Zuschlags von der ersten Stunde an zu befehlen, da dieser Personenkreis gegenüber den übrigen Arbeitnehmern eine tiefere Höchstarbeitszeit aufweist (3). Der Bereich, in dem Pauschalabgeltungsvereinbarungen möglich sind, erweitert sich demnach für diese Angestellten auf höchstens 60 Ueberzeitstunden. Darüber hinausgehende Ueberzeitarbeit ist bei fehlender Abrede über Freizeitausgleich immer mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25% zu entschädigen.

Die Auffassung, wonach der genannte Personenkreis für geleistete Ueberzeitarbeit zwar Lohn zugute habe, jedoch für die ersten 60 Stunden im Kalenderjahr keinen Lohnzuschlag (4), ist zweifellos unrichtig. Ueberzeitarbeit unter 60 Stunden im Jahr stellt immer auch Ueberstundenarbeit dar und ist somit nach Massgabe von

---

1) REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 13 ArG, wo allerdings im reinen Ueberstundenbereich die Wegbedingung des Zuschlages für zulässig gehalten wird.

2) Weitere Ausnahmen bestehen in einigen Sonderbereichen: Krankenanstalten (VO II 1,4 II); Heime und Internate (VO II 7,10 II); Arzt- und Zahnarztpraxen (VO II 13,15 II); Bodenpersonal der Luftfahrt (VO II 56,58); Forstbetriebe (VO II 112 I a, 113 II); Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke (VO II 116,117 II); Radio- und Fernsehbetriebe (VO II 130,132 II); Berufstheater (VO II 135,138 II, 142,145 II); Zirkusbetriebe (VO II 153,156 II).

3) Arbeitsgericht Zürich, JAR 1981, S. 230/231.

4) BRUEHWILER, N. 14 zu Art. 321c OR; SCHENK, S. 181; STREIFF, N. 5 zu Art. 321c OR; WYLER, S. 98.

Art. 321c OR zu entschädigen (1). Für die Ueberstunden im engeren Sinn sowie für die ersten 60 Stunden Ueberzeitarbeit ist demnach eine Pauschalabgeltung zulässig, wenn sie in Form einer schriftlichen Einzelabrede, eines Gesamtarbeitsvertrages oder eines Normalarbeitsvertrages vereinbart wurde. Liegt weder ein solcher noch eine Vereinbarung über Freizeitausgleich vor, so hat der Arbeitnehmer für jede Stunde, die er über die normale Arbeitszeit hinaus arbeitet, eine Entschädigung von 125% seines durchschnittlichen Stundenlohnes zugute.

---

1) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 25 zu Art. 321c OR; REHBINDER, ArG, N. 2 zu Art. 13 ArG; Arbeitsgericht Zürich, JAR 1981, S. 230/231.

C. BERECHNUNG DES UEBERSTUNDENLOHNES

Wird die Ueberstundenarbeit nicht durch Freizeit abgegolten, so ist sie durch den Arbeitgeber zu entlöhnen. Soweit keine Pauschalabgeltung vereinbart wurde, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn, der sich nach dem für die gewöhnliche Arbeitszeit festgelegten Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens 25% bemisst (1).

Für die Berechnung des Normallohnes kann in analoger Anwendung Art. 35 ArG VO I herangezogen werden (2): Bei Zeitlohn ist auf den auf die Stunde berechneten Lohn, bei Akkordlohn auf den während der konkreten Zahltagsperiode verdienten durchschnittlichen Akkordlohn, jeweils ohne Orts-, Haushalts- und Kinderzulage, abzustellen. Andere Zulagen (z.B. bei Schmutzarbeit, gefährliche Arbeit, Schichtarbeit usw.) sind zum Normallohn zu addieren, wenn deren Voraussetzungen auch bei der Ueberstundenarbeit gegeben sind (3). Für die Bewertung des Naturallohnes sowie der Trink- und Bedienungsgelder sind die einschlägigen Bestimmungen der Bundesgesetzgebung über die AHV heranzuziehen (4).

Zum massgebenden Lohn gehören andere Vergütungen, soweit sie feste Lohnbestandteile darstellen, wie etwa 13. Monatslohn oder Teuerungszulage. Wenn der Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer

---

1) Im deutschen Recht ist für Ueberzeitarbeit ebenfalls ein Lohnzuschlag von 25% vorgesehen, vgl. dazu HUECK/NIPPERDEY, S. 278; im österreichischen Recht beträgt der Zuschlag gar 50%, vgl. dazu SPIELBUECHLER/FLORETTA, S. 83.

2) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 20 zu Art. 321c OR.

3) REHBINDER, ArG, N. 1 zu Art. 13 ArG.

4) VO vom 18. Okt. 1974 (SR 831.101).

keine bessere Lösung enthält, kann bei der Umrechnung des Monatslohnes in den Stundenlohn nach den Richtlinien des BIGA (1) vorgegangen werden.

Danach ist vorerst, da auf die einzelnen Monate nicht gleich viele Tage entfallen (28 bis 31) und dadurch auch die Zahl der Arbeitstage variiert (20 bis 23 bei 5-Tage-Woche), die Anzahl Arbeitstage zu ermitteln, die durchschnittlich auf einen Monat entfallen: Ein Kalenderjahr mit 365 Tagen teilt sich bei der 5-Tage-Woche in 261 Arbeitstage (Ferien und bezahlte Feiertage inbegriffen) und 104 arbeitsfreie Tage. Das ergibt pro Monat durchschnittlich 21,75 Arbeitstage.

Bei gleichbleibender täglicher Arbeitszeit und 5-Tage-Woche sind anschliessend die täglichen Arbeitsstunden mit den 21,75 Arbeitstagen zu multiplizieren. Der Monatslohn, geteilt durch die so ermittelte Zahl von Arbeitsstunden, ergibt den durchschnittlichen Stundenlohn. Ist ein 13. Monatslohn einzubeziehen, so ist dieser Stundenlohn um 8,33% (=1/12) zu erhöhen.

Dies ergibt für die 5-Tage-Woche folgende Berechnungsformel:

$$\text{Ø Stundenlohn} = \frac{\text{Monatslohn}}{\text{tägl. Arbeitsstunden} \times 21{,}75}$$

Anschliessend ist der so errechnete Stundenlohn um einen Zuschlag von mindestens 25% zu vergrössern.

---

1) ARV 1/1977, S. 4/5.

§ 11 GELTENDMACHUNG

In Literatur (1) und Praxis (2) wird teilweise die Auffassung vertreten, allfällige Ansprüche aus Ueberstundenentschädigung seien zum Zeitpunkt der Lohnauszahlung, allenfalls nach einer kurzen Bedenkzeit (3), geltend zu machen. Unterlasse der Arbeitnehmer allfällige Reklamation, so liege in der späteren Erhebung einer Nachforderung ein offenbarer Missbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB vor.

Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Die Annahme einer solchen generellen Verwirkungsfrist entbehrt jeglicher gesetzlicher Grundlage. Im weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Ueberstundenentschädigung auf einer zwingenden Gesetzesbestimmung beruht (Art. 321c i.V.m. Art. 361 Abs. 1 OR), auf die gemäss Art. 341 Abs. 1 OR während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichtet werden kann (4).

Durch die Aufnahme des Art. 341 Abs. 1 OR bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts ist die rechtliche Stellung des Arbeitnehmers erheblich verstärkt worden. In BGE 105 II 41 führt das Bundesgericht darum aus:

---

1) BRUEHWILER, N. 12 zu Art. 321c OR.

2) Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, BJM 1974, S. 252.

3) Gemäss der Praxis der Basler Gerichte spätestens nach 3 Monaten (BJM 1974, S. 252).

4) A.M.: HOFMANN, S. 149, der entgegen der herrschenden Gerichtspraxis (vgl. hinten) ohne nähere Begründung annimmt, Art. 321c OR unterstehe nicht dem Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR.

"Damit soll den Umständen Rechnung getragen werden, dass der Arbeitnehmer sich in einem gesteigerten Abhängigkeitsverhältnis befindet und häufig der wirtschaftlich schwächere Teil ist, während des Arbeitsverhältnisses unter Druck gesetzt werden oder aus Angst um seine Stelle Hemmungen haben kann, zusätzliche Ansprüche unverzüglich zu erheben."

Das Bundesgericht bringt im erwähnten Entscheid denn auch deutlich zum Ausdruck, dass es nicht angehe, "dem Arbeitnehmer den erhöhten Schutz, der ihm durch die neue Bestimmung gewährt wird, auf dem Umweg über Art. 2 Abs. 2 ZGB wieder zu entziehen".

Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Ueberstundenarbeit sind die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung massgebend (1). Bis zum Ablauf der Verjährungsfrist können diese grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden. Verzichtshandlungen des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach, seien sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt, sind dabei unverbindlich.

Ein Arbeitnehmer, der längere Zeit verstreichen lässt, bis er seine Ueberstundenentschädigung geltend macht, verstösst angesichts dieser klaren Rechtslage keineswegs gegen Treu und Glauben. Diese Auffassung hat sich in der neuen Gerichtspraxis durchgesetzt (2).

---

1) Vgl. hinten § 13.

2) Obergericht Solothurn, JAR 1980, S. 155; BGE 106 II 223; Arbeitsgericht Zürich, JAR 1981, S. 81; Arbeitsgericht Zürich, zitiert bei MUELLER in: KUHN/KOLLER, Teil 6, Kap. 4 A 1; Obergericht Zürich, ZR 82 (1983) Nr. 104; Obergericht Zürich, ZR 84 (1985) Nr. 5.

Damit ist aber nicht gesagt, dass im konkreten Einzelfall die Berufung auf Rechtsmissbrauch generell ausgeschlossen ist. Allerdings sind dabei an den Nachweis eines Verhaltens gegen Treu und Glauben strenge Anforderungen zu stellen. Der durch das gesteigerte Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers bedingte erhöhte Schutz darf nicht ausgehöhlt werden. Eine Berufung auf Rechtsmissbrauch ist daher nur in krassen Ausnahmefällen zulässig.

So hat das Zürcher Arbeitsgericht (1) die Klage eines Betriebsleiters abgewiesen, der Ueberstunden ohne Wissen und Anordnung des Arbeitgebers geleistet, diese jedoch nicht angezeigt hat. Ein Kaderangestellter, dem es freistehe, wie er seine Arbeitszeit einteile, könne nicht nach Jahr und Tag den Arbeitgeber mit nicht mehr kontrollierbaren Ueberstundenforderungen überraschen. Er habe diese vielmehr unverzüglich anzuzeigen, damit einerseits die Notwendigkeit solcher Mehrarbeiten abgeklärt und andererseits Abhilfe geschaffen werden könne.

In einem anderen Fall, den das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt (2) zu entscheiden hatte, war infolge eines venire contra factum proprium Rechtsmissbrauch anzunehmen. Ein Buchhalter hatte sich ausdrücklich dagegen gewehrt, dass ihm zur Bewältigung seiner Arbeitslast eine Hilfskraft beigestellt werde, da er zusätzlichen Verdienst gut gebrauchen könne. Es war mündlich vereinbart worden, dass er auf einen Ueberzeitzuschlag verzichte. Nur unter

---

1) JAR 1981, S. 232. Es scheint fraglich, ob es sich hier tatsächlich um Ueberstundenarbeit gehandelt habe, fehlt es doch an der Voraussetzung des Arbeitgeberinteresses (vgl. vorne § 2 A).

2) JAR 1982, S. 100.

dieser Bedingung hatte der Arbeitgeber auf den Beizug einer Hilfskraft verzichtet. Hinterher machte der Buchhalter den Zuschlag gleichwohl geltend, indem er sich auf die mangelnde Schriftlichkeit der Wegbedingung und die zwingende Natur der arbeitsgesetzlichen Bestimmung berief. Da der Arbeitnehmer durch sein Verhalten den Arbeitgeber davon abgehalten hatte, eine Hilfskraft einzustellen, er zudem einen respektablen Lohn erhielt, mithin kein indirekter Zwang zur Leistung von Ueberzeitarbeit vorlag, wies das Gericht seine Klage infolge rechtsmissbräuchlicher Berufung auf die genannten zwingenden Bestimmungen zu Recht ab.

§ 12 DIE FAELLIGKEIT DER UEBERSTUNDENABGELTUNG

A. FAELLIGKEIT DER UEBERSTUNDENVERGUETUNG

Bei der Ueberstundenvergütung fehlt - im Unterschied etwa zum Auslagenersatz (1) - eine ausdrückliche Regelung der Fälligkeit. Die Ueberstundenvergütung ist jedoch nichts anderes als Lohn für zusätzliche, d.h. über die normale Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit. Stellt die Ueberstundenvergütung Lohn für geleistete Arbeit dar, so unterliegt sie den gleichen Fälligkeitsbestimmungen wie der Normallohn (2).

Die Fälligkeit ergibt sich aus Art. 323 OR. Danach ist der Lohn mangels anderer Abrede spätestens Ende Monat auszurichten. Die Vergütung für im abgelaufenen Monat geleistete Ueberstunden wird demnach ebenfalls zu diesem Zeitpunkt fällig.

Wegen der relativ zwingenden Natur von Art. 323 OR (3) sind vertragliche Regelungsmöglichkeiten nur in beschränktem Masse zulässig. Längere Fristen als ein Monat können nur durch Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag vereinbart werden. Durch Einzelabrede lassen sich nur Lohnauszahlungstermine festlegen, die vor Ende des Monats liegen, da die Fristen nicht länger als einen Monat betragen dürfen. Vereinbarungen in Einzelarbeitsver-

---

1) Vgl. Art. 327c OR.

2) SCHOENENBERGER/STAEHELIN, N. 4 zu Art. 323 OR.

3) Art. 362 Abs. 1 OR.

trägen, wonach die Ueberstundenentschädigung jeweils am Ende des Jahres, halbjährlich oder gar erst am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden soll, sind ungültig.

Hingegen dürfte eine Stundungsvereinbarung zulässig sein, soweit sie nach Eintritt der Fälligkeit abgeschlossen wurde.

B. FAELLIGKEIT DES AUSGLEICHSANSPRUCHS

Für die Abgeltung der Ueberstundenarbeit durch Freizeit ist eine entsprechende Vereinbarung notwendig (1). Die Fälligkeit richtet sich primär nach dem im konkreten Einzelfall verabredeten Termin. Kommt eine Einigung darüber nicht zustande, so ist anzunehmen, dass auch die entsprechende Vereinbarung über den Freizeitausgleich unverbindlich wird. Fehlt es an einer Fälligkeitsregelung, so wird der Anspruch zum letztmöglichen Termin fällig, d.h. zu dem Zeitpunkt, an dem der Einzug des Freizeitanspruchs noch vor Ablauf des angemessenen Zeitraums gemäss Art. 321c Abs.2 OR (2) spätestens möglich ist.

---

1) Vgl. vorne § 8 A.

2) Vgl. vorne § 9 C.

§ 13 VERJAEHRUNG

A. VERJAEHRUNGSFRIST

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entschädigung für Ueberstundenarbeit gehört zu den Forderungen, die in Art. 128 Ziff. 4 OR aufgezählt sind. Danach verjähren solche Forderungen in fünf Jahren.

B. BEGINN DER VERJAEHRUNG

Die Verjährung des Entschädigungsanspruchs beginnt nach der allgemeinen Regel von Art. 130 OR mit der Fälligkeit (1) zu laufen.

---

1) Vgl. vorne § 12.

C. UNTERBRECHUNG DER VERJAEHRUNG

Für die Unterbrechung der Verjährung gelten die allgemeinen Bestimmungen des OR (Art. 135-138). Danach wird die Verjährung durch Anerkennung des Schuldners (hier Arbeitgebers) unterbrochen. Diese kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten (1) erfolgen. Von seiten des Gläubigers (hier Arbeitnehmers) kann die Verjährung durch die folgenden in Art. 135 Ziff. 2 OR abschliessend aufgezählten Handlungen unterbrochen werden: Stellung des Betreibungsbegehrens, Klage oder Einrede vor einem Gericht, Eingabe im Konkurs sowie Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch.

Die Wirkung der genannten Unterbrechungshandlungen besteht darin, dass sie den Fristenlauf von neuem beginnen lässt.

Werden Ansprüche aus Ueberstundenarbeit durch den Arbeitgeber in einem Schriftstück unterschriftlich anerkannt, so beträgt die neue Verjährungsfrist zehn Jahre (Art. 137 Abs. 2 OR).

---

1) Z.B. durch Zahlungsvertröstung, Stundungs- oder Erlassgesuch, Abschluss eines Stundungsvertrages oder Verrechnungserklärung, wenn keine Gegenforderung besteht (KELLER, S. 754).

D. HINDERNISSE DES FRISTENLAUFES

I. Allgemeines

Wenn der Gläubiger infolge besonderer Umstände an der Rechtsverfolgung gehindert ist, verlangt es die Billigkeit, dass die Verjährungsfrist stillsteht bzw. nicht zu laufen beginnt. Art. 134 OR zählt deshalb verschiedene Tatbestände auf, die zur Hinderung oder zum Stillstand des Fristenlaufes führen. Neben objektiven Gründen (vgl. Ziff. 6) werden vor allem Umstände aufgeführt, wonach der Gläubiger dem Schuldner besonders eng verbunden oder von ihm in besonderer Weise abhängig ist (Ziff. 1-4).

Im bereits zitierten Entscheid 105 II 39f. hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis in einem gesteigerten Abhängigkeitsverhältnis befindet. Die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes lässt den Arbeitnehmer oft genug davor zurückschrecken, berechtigte Anspüche geltend zu machen.

Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, ob während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht eine generelle Hemmung der Verjährung von Ansprüchen aus Ueberstundenarbeit angenommen werden könnte. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Der Gesetzgeber war sich der besonderen Situation des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis bewusst, was deutlich in der Aufnahme des Art. 341 Abs. 1 OR zum Ausdruck kommt. Andererseits wurde Art. 134 Ziff. 4 OR anlässlich der Revision unverändert gelassen. Danach steht die Verjährung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses still, wenn der Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber lebt. Gerechtfertigt wird diese Bestimmung durch das gesteigerte Bedürf-

nis des Arbeitnehmers nach gutem Einvernehmen und Wohlwollen des Arbeitgebers, wie es durch Leben und Arbeit im selben privaten Haushalt und die Stellung des Arbeitgebers als Familienhaupt (vgl. Art. 331 ZGB) begründet ist (1). Es handelt sich also um ein Arbeitsverhältnis, bei dem die bei den meisten Arbeitsverhältnissen bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit durch eine zusätzliche persönliche Komponente gesteigert wird. Hätte der Gesetzgeber einen generellen Stillstand der Verjährung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gewollt, so hätte er zweifellos bei der Revision Art. 134 Ziff. 4 OR entsprechend geändert.

Dies bedeutet aber nicht, dass bei Vorliegen besonderer Umstände neben den in Art. 134 OR aufgezählten Hemmungsgründen nicht noch weitere Hindernisse zu beachten sind. Diese Auffassung darf heute zweifellos als Gewohnheitsrecht gelten (2).

Je nach Art des Hindernisses ist dabei hinsichtlich der Wirkung zwischen der **eigentlichen Hemmung** und der sogenannten **Ablaufshemmung** zu unterscheiden (3). Bei der eigentlichen Hemmung verlängert sich die Verjährungsfrist stets um die ganze Dauer des Hindernisses, die Ablaufshemmung nimmt hingegen nur Rücksicht auf Hindernisse, wenn der Gläubiger überhaupt nie oder doch mindestens nicht im kritischen Moment, nämlich am Ende der Frist, in der Lage war, die Verjährung zu unterbrechen. Der Gläubiger kommt dann nicht wie bei der eigentlichen Hemmung in den Genuss einer um die Dauer des Hindernisses verlängerten Verjährungsfrist, sondern es wird ihm lediglich eine angemessene Nachfrist zur Unterbrechung der Verjährung gewährt.

---

1) SPIRO, S. 167.

2) SPIRO, S. 151; OSER/SCHOENENBERGER, N. 3 zu Art. 142 OR; BECKER, N. 6 zu Art. 141 OR.

3) Dazu ausführlich: SPIRO, S. 148.

II. Hinderungsgründe, die zur eigentlichen Hemmung der Verjährung führen

Die Hinderungsgründe, die eine Verjährung nicht beginnen oder ruhen lassen, sind wie erwähnt in Art. 134 OR genannt.

Neben diesen Hemmungsgründen anerkennen Lehre und Praxis (1) unter bestimmten Umständen auch noch weitere Hindernisse. Da der Gesetzgeber anlässlich der Gesetzesberatung ausdrücklich auf eine Generalklausel, die jede Verhinderung des Gläubigers berücksichtigt, verzichtet hat (2), sind zusätzliche Hemmungsgründe nur in absoluten Ausnahmefällen anzuerkennen. Nur wenn der Schuldner den Gläubiger bewusst und absichtlich an der Geltendmachung der Forderung gehindert hat, mithin eine Berufung auf das Schweigen des Gläubigers während dieser Zeit gegen Treu und Glauben verstösst, ist ein Hemmungsgrund anzunehmen (3).

Hält der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer durch aktive, ernstliche Drohung von der Geltendmachung seiner Ansprüche ab, so dürfte ein solcher Hemmungsgrund anzunehmen sein. Die blosse Furcht des Arbeitnehmers vor einer allfälligen Entlassung dürfte jedoch nicht genügen. Verlangt ist auf jeden Fall der Nachweis von konkreten Aeusserungen oder Handlungen, die auf die Herbeiführung eines ernstlichen Nachteils (z.B. die Entlassung) schliessen lassen.

---

1) SPIRO, S. 151 und die dort angeführten Nachweise.

2) SPIRO, S. 152.

3) SPIRO, S. 170; MERZ, N. 407 zu Art. 2 ZGB; GRAEMIGER, S. 79; BUCHER, S. 410; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, N. 2122.

Auch die Täuschung des Arbeitnehmers kommt als Hemmungsgrund in Frage, indem beispielsweise der Arbeitgeber durch arglistige Machenschaften den Arbeitnehmer von der Kenntnis des Anspruches auf Ueberstundenentschädigung abhält. Dieser Tatbestand wäre etwa dann gegeben, wenn der Arbeitgeber seinem in rechtlichen Belangen wenig gebildeten, gutgläubigen Arbeitnehmer hinsichtlich des Anspruchs auf Ueberstundenentschädigung bewusst falsche Auskunft erteilt. Eine Täuschung durch Schweigen dürfte wohl nur dann zu einer Hemmung der Verjährung führen, wenn der Arbeitgeber erkennt, dass sein Arbeitnehmer keinerlei Rechtskenntnisse besitzt und auch faktisch kaum in der Lage ist, sich selbst zu informieren (z.B. im Falle eines ausländischen Hilfsarbeiters mit Sprachschwierigkeiten), und er deshalb aufgrund seiner Fürsorgepflicht zur Aufklärung verpflichtet wäre. Gegenüber Kaderangestellten dürfte allerdings die Annahme einer Aufklärungspflicht zuweit gehen.

Ein weiterer Hemmungsgrund ist in denjenigen Fällen anzunehmen, in denen der Arbeitgeber auf ernsthaftes Geltendmachen hin die Fälligkeit der Ueberstundenentschädigung bestreitet oder eine aufschiebende Bedingung behauptet (1). In der Regel ist darin allerdings zugleich eine Anerkennung der Forderung und somit eine Unterbrechung der Verjährung zu erblicken.

III. Hinderungsgründe, die lediglich zur Ablaufshemmung der Verjährung führen

Neben den eigentlichen Hemmungsgründen (2) kennt das Gesetz weitere Hinderungsgründe, die nicht die Verjährungsfrist hemmen, sondern lediglich (aber immerhin) den Ablauf der Frist verhindern (Art. 139 OR; Art. 132 Abs. 2 OR i.V. mit Art. 78 OR; Art. 60 Abs. 2 OR).

---

1) SPIRO, S. 172.

2) Vgl. vorne II.

In Lehre und Praxis wird zudem anerkannt, dass neben diesen gesetzlichen Gründen weitere Hindernisse berücksichtigt werden können, die zur Ablaufshemmung führen (1).

Voraussetzung ist allerdings, dass das geltend gemachte Hindernis am Ende der Verjährungsfrist noch wirksam ist. Es genügt also nicht, wenn der Gläubiger nur zeitweise an der Unterbrechung der Verjährung verhindert ist. Bei den hier massgebenden Tatbeständen kommt es ja, wie erwähnt, nicht zu einer eigentlichen Hemmung der Verjährung, sondern dem Gläubiger wird nach Wegfallen des Hindernisses lediglich eine Nachfrist gewährt, wenn inzwischen die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Die Rechtfertigung dafür ist der Umstand, dass es rechtsmissbräuchlich wäre oder zumindest gegen die guten Sitten verstossen würde, wenn der Schuldner die Verjährungseinrede erheben könnte, während der Gläubiger infolge bestimmter, von ihm nicht verschuldeter Umstände an der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Forderung gehindert war. Hinsichtlich der Dauer schlägt SPIRO unter Hinweis auf Art. 139 OR eine Nachfrist von 60 Tagen vor (2).

Als Gründe kommen hier etwa in Betracht:

- Hindernisse in der Person des Gläubigers, wie plötzlich auftretende Urteilsunfähigkeit bis zur Bestellung eines Vertreters oder schwere Krankheit oder Unfall.

- Begründete Furcht vor erheblicher Schädigung (3), wie etwa die Angst vor Verlust des Einkommens durch Entlassung, soweit diese nicht auf konkrete Drohungen des Arbeitgebers zurückzuführen ist (dann läge ja gar ein Hinderungsgrund vor). Allerdings

---

1) SPIRO, S. 192; VON TUHR/ESCHER, S. 230 N. 33a; BUCHER, S. 409.

2) SPIRO, S. 224.

3) SPIRO, S. 240.

würde die Annahme eines generellen Hinderungsgrundes - trotz gesteigerter Abhängigkeit des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses - zuweit gehen (1). Es müssten zumindest zusätzliche konkrete Umstände dazukommen, um von einer "begründeten Furcht" des Arbeitnehmers sprechen zu können. In Zeiten wirtschaftlicher Rezession sind daran allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen. Vermehrte Entlassungen im Betrieb oder der entsprechenden Branche dürften dann bereits genügen.

IV. Zusammenfassung

Eine Entschädigung für Ueberstunden, die weiter als fünf Jahre zurückliegen, kann **während** des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden (soweit keine Unterbrechung gemäss Art. 135 OR oder Stundungsvereinbarung gegeben ist) bei Vorliegen

- eines Hemmungsgrundes (2) während der um die Dauer des Hemmungsgrundes verlängerten Verjährungsfrist

- eines Hinderungsgrundes (3), soweit dieser bei Ablauf der Verjährungsfrist noch wirksam war, während einer angemessenen Nachfrist (4).

Nach **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses können Entschädigungen für Ueberstundenarbeit, die länger als fünf Jahre zurückliegt, und wenn keine Unterbrechungshandlung gemäss Art. 135 OR oder Stun-

---

1) Vgl. dazu vorne I.
2) Vgl. vorne II.
3) Vgl. vorne III.
4) Nach SPIRO, S. 244, 60 Tage.

dungsvereinbarung gegeben ist, geltend gemacht werden bei Vorliegen

- eines Hemmungsgrundes während der um die Dauer des Hemmungsgrundes verlängerten Verjährungsfrist

- eines Hinderungsgrundes, soweit dieser bei Ablauf der Verjährungsfrist noch bestand und bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirkte, während einer angemessenen Nachfrist. Bei begründeter Furcht vor Verlust des Arbeitsplatzes ohne Einwirkung des Arbeitgebers ist somit nach Ablauf der Nachfrist, die sich unmittelbar an das Ende des Arbeitsverhältnisses anschliesst, eine Geltendmachung von Entschädigungen für Ueberstunden, die länger als fünf Jahre zurückliegen, auf jeden Fall ausgeschlossen.

ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSBETRACHTUNG

Der rein privatrechtliche **Begriff der Ueberstundenarbeit** ist unmittelbar mit dem Begriff der Arbeitszeit verknüpft. Jede die normale Arbeitszeit im Interesse des Arbeitgebers überschreitende Arbeit ist Ueberstundenarbeit. Ausgangspunkt der Ueberstundenarbeit ist die normale, durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag oder Gewohnheit festgelegte Arbeitszeit. Bei Teilzeitarbeit bildet mithin die Teilarbeitszeit und nicht die Betriebsarbeitszeit Ausgangspunkt für die Ueberstundenarbeit.

Im Ausgangspunkt unterscheidet sich die Ueber**stunden**arbeit von der Ueber**zeit**arbeit, welche ihren Ausgangspunkt in der öffentlichrechtlich festgelegten Höchstarbeitszeit hat. Jede Ueber**zeit**arbeit ist gleichzeitig Ueber**stunden**arbeit, nicht aber umgekehrt.

Voraussetzungen für das Vorliegen von Ueberstundenarbeit sind:

- Das **Arbeitgeberinteresse**, welches durch ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung oder nachträgliche Genehmigung der zusätzlichen Arbeit durch den Arbeitgeber zum Ausdruck kommt. Es genügt auch, wenn der Arbeitnehmer gutgläubig ein mutmassliches Einverständnis des Arbeitgebers annimmt.

- Das **Ueberschreiten der normalen Arbeitszeit durch zeitlich relevante Arbeit**, wobei es den privatrechtlichen und den öffentlichrechtlichen Arbeitszeitbegriff klar auseinanderzuhalten gilt. Der privatrechtliche Arbeitsbegriff ist ein lohnrechtlicher. Dasjenige Verhalten bzw. die dafür verwendete Zeit gilt als Arbeitszeit, die auch nach Vertrag entlöhnt werden muss. Der öffentlichrechtliche Arbeitszeitbegriff dagegen ist arbeitsschutzrechtlich motiviert.

Die **Pflicht zur Leistung von Ueberstundenarbeit** ist mehrfach begrenzt. Der Arbeitnehmer ist nur zur Leistung der Ueberstundenarbeit verpflichtet,

- wenn sie notwendig ist
- wenn er sie zu leisten vermag
- wenn sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann und
- wenn sie nicht durch das Arbeitsschutzrecht untersagt ist.

Je notwendiger die Ueberstundenarbeit für den Arbeitgeber ist, desto eher kann sie dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zugemutet werden. Nicht zumutbar ist Ueberstundenarbeit, welche der Arbeitgeber nicht durch Freizeitausgleich oder Ueberstundenvergütung abgelten will.

Die Einschränkung der Zulässigkeit der Ueberstundenarbeit krankt am unzumutbar kasuistisch aufgebauten Arbeitsschutzrecht. Das Arbeitsgesetz und seine Verordnungen sind im Zusammenhang mit der Arbeitszeit schwer verständlich und wenig praktikabel. Es gilt nicht nur Ueberzeitartikel (Art. 12 und Art. 13 ArG) zu beachten, sondern auch zahlreiche Möglichkeiten der Ueberschreitung von Höchstarbeitszeiten. Auch solche können Ueberstundenarbeit im Sinne des Privatrechtes sein.

Die **Abgeltung der Ueberstundenarbeit** ist vom Gesetzgeber denkbar unklar geregelt worden.

Die privatrechtliche Regelung in Art. 321c OR ist unter Berücksichtigung des unklaren Wortlautes und der offenkundig falschen Einreihung des Abs. 3 unter die absolut zwingenden Bestimmungen (Art. 361 OR) nach dem Willen des Gesetzgebers und ihrem Zwecke wie folgt auszulegen:

- Entweder wird die Ueberstundenarbeit durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen, oder es wird die Ueberstundenarbeit separat mit Lohn samt einem Zuschlag von einem Viertel vergütet.

- Für den **Freizeitausgleich** ist das Einverständnis des Arbeitnehmers erforderlich. Da es sich bei der privatrechtlichen Regelung des Freizeitausgleichs in Art. 321c Abs. 2 OR um eine dispositive Norm handelt, kann der Arbeitnehmer sein Einverständnis zum Freizeitausgleich im voraus auch für noch nicht bestimmte Ueberstundenarbeit erteilen. Es kann auch ein Recht der Wahl zwischen Freizeitausgleich und Ueberstundenvergütung der einen oder der anderen Partei alleine übertragen werden.

- Der Freizeitausgleich hat in einem angemessenen Zeitraum zu erfolgen. Dieser erstreckt sich auf die laufende oder kommende Woche. Nur so kann das einzig massgebliche Kriterium, nämlich die Beziehung von vermehrter Beanspruchung durch die Ueberstundenarbeit zum Erholungseffekt der Freizeit, sinnvoll zum Tragen kommen.

- Einer Abrede zwischen den Parteien, einen längeren Zeitraum gelten zu lassen, steht grundsätzlich nichts im Wege, da Art. 321c Abs. 2 OR dispositiv ist.

- Wird nicht in Freizeit ausgeglichen, so hat der Arbeitnehmer für jede Stunde, die er über die normale Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat, eine **Ueberstundenvergütung** zugute, welche sich aus dem Normallohn und einem Zuschlag von 25% bemisst.

- Abweichende Vereinbarungen sind nur dann von Bedeutung, wenn sie schriftlich erfolgen.

- Da Art. 321c Abs. 3 OR als relativ zwingend im Sinne von Art. 362 OR auszulegen ist, sind aber nur Abreden zulässig, mit welchen der Arbeitnehmer nicht um seinen Ueberstundenlohn und Zuschlag geprellt wird. Zu denken ist an **Pauschalvergütungen** analog zur Regelung des Spesenersatzes gemäss Art. 327a Abs. 2 OR.

- Der Arbeitgeber trägt das Beweisrisiko dafür, dass durch die allenfalls abweichende schriftliche Vereinbarung die konkret in Frage stehende Ueberstundenarbeit tatsächlich abgegolten ist.

- Auf den Ueberstundenlohn und Lohnzuschlag muss der Arbeitnehmer auch dann nicht verzichten, wenn er längere Zeit verstreichen lässt, bis er seine Ueberstundenentschädigung geltend macht.

- Die Verjährungsfrist von fünf Jahren für die Ueberstundenabgeltung beginnt mit dem Ende jenes Monats, in welchem die Ueberstundenarbeit geleistet worden ist. Haben die Parteien einen Freizeitausgleich vereinbart, so beginnt die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, in welchem die Freizeit spätestens hätte bezogen werden müssen.

Handelt es sich bei der Ueberstundenarbeit gleichzeitig um **Ueberzeitarbeit** oder eine andere Ueberschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, so ist für abweichende Abreden grundsätzlich kein Raum. Die detaillierten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes lassen allerdings in wenigen Bereichen bestimmte Abweichungen zu, so zum Beispiel die Festlegung des angemessenen Zeitraumes, zum Ausgleich der Ueberzeitarbeit durch Freizeit.

Mit den gewählten Formulierungen ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, seinen Willen im Zusammenhang mit der Regelung der Ueberstundenarbeit klar zum Ausdruck zu bringen. Er hat offenkundig etwas anderes gewollt, als er gesetzlich formuliert hat. Da

Lehre und Praxis sich mehrheitlich an den Wortlaut - soweit verständlich - halten, wäre es nun Sache des Gesetzgebers, korrigierend einzugreifen. Das Bundesgericht hat die entscheidende Frage, ob auf eine Ueberstundenvergütung durch den Arbeitnehmer verzichtet werden kann, bis heute noch offengelassen, obwohl es mehrmals dazu hätte Stellung nehmen können. Es hätte damit endlich ein wesentliches Problem im Bereiche des Ueberstundenwesens bereinigt. Dies wäre um so dringender, als die gesetzliche Regelung mehr Fragen stellt als beantwortet.

LEBENSLAUF

Am 18. August 1954 wurde ich in Zürich geboren. Die Primar- und Bezirksschule besuchte ich in Olten und Aarau. Nach Absolvierung der Kantonsschule in Solothurn und Aarau, Realabteilung des Gymnasiums Typus C, immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Während des Studiums war ich zweimal für 3 Monate als Rechtspraktikant am Bezirksgericht Lenzburg tätig. Der Abschluss erfolgte mit dem Lizentiat im Mai 1980. Hierauf betätigte ich mich erneut als Rechtspraktikant in einem Lenzburger Anwaltsbüro und am Bezirksgericht Baden. Im Juni 1982 erwarb ich das aargauische Fürsprecherpatent. Seither bin ich als Rechtsanwalt in Zürich tätig. Am 19. Februar 1986 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.